

# ESTUDIOS DE DERECHO MILITAR



REAL ACADEMIA DE  
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN



MINISTERIO DE DEFENSA



A stylized, light gray illustration of Lady Justice, the personification of the law. She is depicted from the waist up, wearing a blindfold and holding a pair of scales in her right hand and a sword in her left. The background is white.

# **ESTUDIOS DE DERECHO MILITAR**

Número 1  
Noviembre 2016

**CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES**  
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



<http://publicaciones.defensa.gob.es/>

© Autores y editores, 2016

NIPO: 083-16-399-X (edición papel)

ISBN: 978-84-9091-226-3 (edición papel)

NIPO: 083-16-400-2 (edición en línea)

Depósito Legal: M-33563-2016

Fecha de edición: noviembre, 2016

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad del los autores de la misma.

Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del © Copyright.

En esta edición se ha utilizado papel 100% reciclado libre de cloro.



# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	11
<i>D.ª Irene Domínguez-Alcahud Martín-Peña</i>	
<b>PRÓLOGO</b> .....	17
<i>D. Luis María Cazorla Prieto</i>	
<b>REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO MILITAR</b> .....	25
<i>D. José Luis Poyato Ariza</i>	
I. LA DEFENSA, LAS FAS Y EL DERECHO MILITAR .....	26
II. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO MILITAR.....	29
III. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN MILITAR DURANTE EL PERÍODO CONSTITUCIONAL .....	31
1. CONSTITUCIONAL .....	33
2. DERECHO ADMINISTRATIVO MILITAR.....	34
3. DERECHO PATRIMONIAL MILITAR .....	35
4. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA .....	36
5. JURISDICCIÓN MILITAR.....	37
6. DERECHO PENAL MILITAR .....	39
7. DERECHO DISCIPLINARIO .....	40
8. DERECHO PROCESAL MILITAR.....	41
9. DERECHO INTERNACIONAL .....	42
10. DERECHO AERONÁUTICO.....	44
11. DERECHO MARÍTIMO.....	44
IV. CONCLUSIONES FINALES.....	45

<b>LAS ARMAS Y LAS LETRAS</b> .....	47
<i>D. Eduardo Serra Rexach</i>	
<b>DERECHO MILITAR Y CONSTITUCIÓN</b> .....	57
<i>D. Ángel Luis Alonso de Antonio</i>	
I. INTRODUCCIÓN .....	57
II. LA ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN. PARTE DOGMÁTICA Y PARTE ORGÁNICA .....	59
1. PARTE DOGMÁTICA .....	59
1.1. Principios y valores constitucionales .....	59
1.2. Derechos y deberes.....	65
2. PARTE ORGÁNICA .....	67
2.1. La Corona .....	67
2.2. El Poder Ejecutivo .....	68
2.3. El Poder Legislativo.....	70
2.4. La jurisdicción militar.....	72
III. CONCLUSIÓN .....	73
<b>PIRATERÍA Y PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA SEGURIDAD MARÍTIMA EN EL SIGLO XXI</b> .....	75
<i>D. Fernando Marín Castán</i>	
I. PRESENTACIÓN .....	75
II. EL TRATAMIENTO GENERAL DE LA PIRATERÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL MARÍTIMO .....	78
1. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR .....	78
2. LA CONVENCIÓN PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA .....	83
3. LAS NUEVAS RESPUESTAS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL FRENTE A LA PIRATERÍA: UN PROBLEMA COMPLEJO QUE REQUIERE SOLUCIONES INTEGRALES .....	86
3.1. El caso de Somalia como paradigma: la situación política y las causas de la piratería.....	86
3.2. Las respuestas de la Comunidad Internacional para la estabilización de Somalia .....	87
3.3. Las respuestas específicas de la Comunidad Internacional para combatir la piratería en Somalia y el Índico occidental.....	90
3.3.1. Las resoluciones de 2008 del Consejo de Seguridad sobre la piratería en Somalia .....	90
3.3.2. Las resoluciones posteriores a 2008 del Consejo de Seguridad sobre la piratería en Somalia.....	93

4. ESPECIAL REFERENCIA A LA OPERACIÓN ATALANTA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	94
5. LOS RESULTADOS DE LA LUCHA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL CONTRA LA PIRATERÍA EN EL ÍNDICO OCCIDENTAL Y EL GOLFO DE ADÉN.....	99
III. EL DELITO DE PIRATERÍA EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y JURISDICCIONALES.....	100
1. LA REINTRODUCCIÓN DEL DELITO DE PIRATERÍA EN EL CÓDIGO PENAL POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010: BREVE ANÁLISIS DE LOS TIPOS DELICTIVOS. CRÍTICA.....	100
2. LA REFORMA DEL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES.....	104
IV. CONCLUSIONES.....	106
<b>EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LOS CRÍMENES DE GUERRA.....</b>	<b>109</b>
<i>D. Abraham Martínez Alcañiz</i>	
I. INTRODUCCIÓN.....	109
II. SISTEMA DE EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	113
III. TEORÍA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL.....	113
1. TÍTULOS JURISDICCIONALES APLICABLES PARA LA PERSECUCIÓN DE DELITOS.....	113
2. ORIGEN DE LA JUSTICIA UNIVERSAL.....	115
3. ANTECEDENTES DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	116
4. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL.....	117
4.1. Concepto.....	117
4.2. Características.....	118
4.3. Naturaleza.....	118
IV. LOS CONVENIOS DE GINEBRA, DE 12 DE AGOSTO DE 1949 Y EL PROTOCOLO ADICIONAL I, DE 8 DE JUNIO DE 1977.....	120
1. REFLEXIONES INICIALES.....	120
2. PECULIARIDADES DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL PARA CRÍMENES DE GUERRA CONTEMPLADA EN LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949.....	121
2.1. Jurisdicción obligatoria.....	122
2.2. Jurisdicción primaria.....	123
2.3. Jurisdicción concurrente.....	123
2.4. Jurisdicción absoluta.....	124

V. CRÍMENES DE GUERRA SUJETOS A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL....	125
1. INFRACCIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	125
2. VIOLACIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	126
3. CONTRAVENCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	127
VI. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	128
1. ASPECTOS NEGATIVOS Y POSITIVOS DE LA REFORMA.....	129
1.1. Aspectos negativos.....	129
1.2. Aspectos positivos.....	130
2. PROPUESTA PARA SATISFACER LAS EXIGENCIAS DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA.....	130
3. INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES.....	132
<b>LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....</b>	<b>135</b>
<i>D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto</i>	
I. INTRODUCCIÓN.....	135
II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.....	138
III. OTROS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL.....	141
1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL INTERNACIONAL.....	141
2. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE.....	142
IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL.....	143
1. EL SUJETO ACTIVO DE LOS CRÍMENES.....	143
2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	144
3. FORMAS DE RESOLUCIÓN MANIFESTADA.....	145
4. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN.....	147
V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS.....	147
VI. ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS CRÍMENES. LA CULPABILIDAD.....	151
VII. LAS CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL.....	153
1. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.....	153
2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	155



3. LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN O INCULPABILIDAD .....	157
La aplicación de la eximente de estado de necesidad coactivo.....	157
VIII. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA ...	159
1. PÓRTICO.....	159
2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 33 DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	160
2.1. Determinaciones previas .....	160
2.2. La rúbrica del artículo.....	161
2.3. Crítica de la presunción « <i>iuris et de iure</i> » .....	161
2.4. El párrafo 1 del precepto.....	163
2.5. Las condiciones establecidas en el Estatuto de Roma para la obediencia jerárquica.....	166
IX. TRATAMIENTO DEL ERROR.....	168
<b>MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD: NUEVO PUNTO DE INFLEXIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD A LA LUZ DE LA RESOLUCIÓN 2242 (2015) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA MUJER Y LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ .....</b>	<b>169</b>
<i>D.ª Susana de Tomás Morales</i>	
I. INTRODUCCIÓN .....	169
II. BREVES PINCELADAS HISTÓRICAS: ¿DE DÓNDE PARTIMOS?.....	171
III. EL INCREMENTO DEL ACERVO EXISTENTE EN LA AGENDA SOBRE LA MUJER, LA PAZ Y LA SEGURIDAD.....	174
1. LA INTEGRACIÓN DE LAS AGENDAS SOBRE LA MUJER, LA PAZ Y LA SEGURIDAD Y SOBRE TERRORISMO Y EXTREMISMO VIOLENTO QUE PUEDE DESEMBOCAR EN TERRORISMO .....	175
2. LA TRANSFERENCIA ILÍCITA DE ARMAS PEQUEÑAS Y DE ARMAS LIGERAS Y SU INCLUSIÓN EN LA AGENDA SOBRE LA MUJER, LA PAZ Y LA SEGURIDAD .....	179
IV. UN AVANCE CUALITATIVO EN RELACIÓN CON LA POLÍTICA DE TOLERANCIA CERO DE LOS CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MUJERES Y NIÑAS EN RELACIÓN CON LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ.....	180
1. EL MARCO JURÍDICO PENAL MILITAR ESPAÑOL COMO PUNTO DE REFERENCIA PARA SU CORRECTA IMPLEMENTACIÓN.....	182
2. ESPECIAL REFERENCIA AL ADIESTRAMIENTO SENSIBLE AL GÉNERO EN APLICACIÓN DE LA «POLÍTICA DE TOLERANCIA CERO» .....	183
V. INCREMENTO DEL NÚMERO DE MUJERES .....	185
VI. REFLEXIONES FINALES.....	187

<b>EL MILITAR COMO POSIBLE SUJETO PASIVO DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD</b> .....	191
<i>D. Alfredo Liñán Lafuente</i>	
I. INTRODUCCIÓN .....	191
II. ORIGEN HISTÓRICO DEL TÉRMINO «POBLACIÓN CIVIL» .....	192
III. ATAQUE DE UN ESTADO O UNA ORGANIZACIÓN .....	195
IV. CONCEPTO DE POBLACIÓN CIVIL .....	197
V. POBLACIÓN CIVIL EN TIEMPOS DE PAZ .....	200

## PRESENTACIÓN

La colección que ahora se inicia bajo el título genérico de *Estudios de Derecho Militar* es fruto de una feliz iniciativa dirigida a recoger en una cuidada coedición entre el Ministerio de Defensa y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, toda aquella serie de conferencias, ponencias, seminarios e intervenciones que, previamente seleccionadas por su relevancia, interés y destacado rigor en cualquiera de los campos a que se extiende lo que podemos denominar con carácter genérico «el Derecho militar», la 20ª Sección Científica de Derecho Militar de la ilustre corporación citada contempla en su programación a lo largo de cada ejercicio anual.

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sucesora de las antiguas Juntas Prácticas de Leyes fundadas en los años 1730 y en 1742, y de las Reales Academias y Academias Oficiales de Derecho y Jurisprudencia que han existido en Madrid, fue concebida en sus orígenes como un centro de investigación científica para el conocimiento, interpretación y difusión de la ciencia del derecho, en sus dos facetas: análisis de la producción legislativa contemporánea y comentarios doctrinales a fuentes jurisprudenciales del más Alto Tribunal de la nación que, revelando una corriente de pensamiento concreta y determinada, pudieran servir de criterio interpretativo en la correcta hermeneusis y subsiguiente aplicación de la norma.

En efecto, las constitución reguladora de la Real Academia del año 1840 declaraban que esta tenía como fines «*el estudio teórico y práctico de la legislación y la jurisprudencia*» y la redactada casi seis décadas después, ya en las postrimerías del siglo XIX, añadiría que «*el fin propio, permanente y esencial de la Academia es producir el adelanto del derecho como ciencia, fomentando la cultura jurídica, y obtener su realización más perfecta como arte, influyendo en las reformas y en los progresos de la legislación española y del Derecho internacional*».

Con estos nobles propósitos por horizonte y meta a alcanzar, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación siempre se han discutido ponencias y memorias, realizado dictámenes e informes jurídicos, pronunciado conferencias y organizado jornadas y cursos. También se han resuelto con éxito destacado consultas planteadas por el Gobierno de la Nación e instituciones oficiales, nacionales y extranjeras, y se ha desarrollado una muy intensa y destacable producción científica, que se ha plasmado en una notable actividad editorial, tanto por medio de publicaciones de carácter monográfico como a través de revistas especializadas.

En este último aspecto y a mero título de ejemplo, sirva como referente el hecho de que desde el curso académico 1972-1973 se publican periódicamente los «*Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*», recogiendo en ellos el discurso de apertura del curso académico y la memoria de actividades desarrolladas durante dicho período.

Siendo así que la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación no puede ni quiere ser ajena a ningún sector de la ciencia jurídica, cuenta desde noviembre del año 2013 con una nueva sección, la numerada vigésima, denominada «de Derecho militar», que tiene entre sus principales cometidos, como todas y cada una de las secciones en las que se diversifica la actividad científica esta alta corporación en el campo del derecho que a cada una le corresponde, el estudio, difusión e investigación de la legislación y jurisprudencia en aquellas ramas de Derecho que responden a la especialización jurídica de «lo militar» o «lo castrense», adjetivo que aplicado al sustantivo derecho hace referencia a todo aquel conjunto de disciplinas jurídicas que, perteneciendo al ámbito del ordenamiento jurídico público, tienen como denominador común la función de regular la organización, funciones y mantenimiento de las instituciones armadas españolas, salvaguardando sus intereses, dentro y fuera del territorio nacional, en aquellas misiones de carácter internacional en la que España participa con el resto de sus aliados o en colaboración con Naciones Unidas, para el cumplimiento de sus cometidos en orden a la defensa y servicio de la Patria.

El reconocimiento de esta especial rama jurídica lo encontramos al más alto nivel, en su concepto etimológico clásico de «dictar o declarar el derecho», que no otra cosa significa el término *iurisdictio*, y precisamente en la propia Constitución española de 1978, cuando en el apartado quinto de su artículo 117 nos habla de la coexistencia en nuestro ordenamiento jurídico, junto a la denominada jurisdicción común u ordinaria –función pública estatal para la satisfacción de pretensiones– y sin perjuicio de la unicidad incuestionada e incuestionable de este concepto, a una jurisdicción especializada –a la que no cabe atribuir el carácter de extraordinaria, especial o de excepción, que la propia Norma Suprema proscribió de manera expresa en el apartado sexto

de este mismo artículo 117 citado—, cual es la jurisdicción militar, a la que se encomienda la aplicación del Derecho militar, en aquellas materias que las leyes de competencia recojan, fundamentalmente en las ramas penal o disciplinaria, «en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio», de acuerdo con el tenor literal del precepto citado.

No resulta ocioso precisar, porque lamentablemente es con mucha frecuencia un concepto equivocado para la opinión pública y utilizado como arma arrojadiza por algunos sectores de la sociedad, que el Derecho penal militar no es «el derecho hecho *por, para o de* los militares», como a veces se escucha queriendo a veces dar a entender con esa expresión una suerte de anacrónico fuero privilegiado para los miembros que integran las Fuerzas Armadas, a los que se considera grupo o sector aparte y distinto del resto de la ciudadanía, sino que se trata de un conjunto de normas jurídicas pertenecientes al ámbito del Derecho público, que como todas las leyes están dirigidas a toda la colectividad social por su carácter generalista e indiscriminado, regulando las relaciones de los individuos entre ellos mismos y con los poderes públicos, pero que indudablemente poseen un cierto grado de sustantividad propia y que se caracterizan por dos circunstancias, fundamentalmente: por la materia a que se refieren, esto es, por aquello que constituye el objeto que regulan y por el ámbito institucional sobre el que se ejercen.

Así, esta rama específica del Derecho forma un corpus legal con identidad propia, llamado a regular todos aquellos aspectos de la vida pública que responden al interés de la Defensa nacional, no exclusivamente en la vía penal, y sin tener siempre necesariamente a los militares por únicos sujetos activos o pasivos de este Derecho; así, frente al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ejemplos paradigmáticos, encontramos al Código Penal militar, a las leyes reguladoras del régimen disciplinario en las Fuerzas Armadas y en la Guardia Civil y a la Ley Procesal Militar, inspirados en los mismos principios de mínima intervención que sirven a aquellos de fundamento, pero dedicados estos últimos a la salvaguarda y tutela de bienes jurídicos de naturaleza institucional y no particular, sin perjuicio de que la tipificación de algunos delitos en el Código Penal militar puedan ser considerados con el carácter de pluriofensivos, por ir dirigidos a la protección simultánea de unos y otros bienes, que se entienden lesionados por la conducta descrita en el tipo penal.

Y de otra parte, es obvio reconocer que quien principalmente está llamado a ser objeto de la actividad legislativa militar, sea o no esta de naturaleza punitiva o sancionadora, son los miembros que integran las Fuerzas Armadas o de aquellos Institutos, como la Guardia Civil mencionada, que tienen esta misma naturaleza militar. Podemos citar a título de ejemplo los delitos contra la disciplina o contra los deberes del servicio, cuyos tipos penales comienzan siempre con la expresión «el militar que...» como único posible sujeto activo

del mismo por el bien jurídico tutelado –delitos militares propios–, que incide directamente en las relaciones interpersonales de los miembros de la milicia. Pero ello no excluye que personas ajenas a la institución castrense puedan verse asimismo afectadas por la aplicación del Derecho militar, cuando la razón de ser de esta aplicación radique en que la conducta que contempla afecte a bienes jurídicos institucionalmente reconocidos de interés para la Defensa nacional o el Estado. Así, podemos citar los delitos contra la seguridad o defensa nacionales, o contra el patrimonio en el ámbito militar, cuya comisión puede llevarse a cabo por un militar –tipo agravado– o por un civil; siendo delitos militares que los autores denominan *improprios* por esta razón.

Por todas estas razones que acabamos de exponer, al constituir el Derecho militar una pléyade de disciplinas jurídicas, procedentes de fuentes internas y, cada vez con mayor presencia, también internacionales, habida cuenta del cada vez más necesario establecimiento de acuerdos, alianzas y convenios de carácter defensivo plurinacional, en el azaroso mundo que vivimos, parecía de una necesidad acuciante el establecer más pronto que tarde, formal y materialmente, un vínculo de comunicación y colaboración estrecha entre el Ministerio de Defensa y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, aprovechando además la oportunidad que se nos brinda al encontrar el cauce más adecuado para ello desde la creación de la 20ª Sección de Derecho Militar a la que nos referimos a continuación.

Es, en efecto, a esa labor de difusión del Derecho militar, en los aspectos legislativo, doctrinal y jurisprudencial que ha emprendido esta ilustre corporación con la creación en el año 2013 de la Sección Científica de Derecho Militar, y que constituye sin duda manifestación muy específica y singular de la cultura de defensa, de la paz y de la imagen de las Fuerzas Armadas, la que «*fomentando la cultura jurídica a través de la investigación y cultivo del Derecho*», la ha hecho merecedora del Premio Extraordinario de Defensa 2016.

A esta circunstancia no podía ser ajeno el Ministerio de Defensa, quien por medio de la Subsecretaría del Departamento tiene como encomienda, entre otras funciones compartidas por la Dirección General de Personal y la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar que de ella dependen, la labor de dirigir la gestión específica de los cuerpos comunes y, de manera singular en el ámbito que nos atañe, la de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar a los que se atribuye principalmente la tarea de conocer, interpretar y aplicar el Derecho militar, tanto en su función de asesoramiento jurídico al mando en el órgano central, organismos autónomos, cuarteles generales de los tres Ejércitos y Unidades militares y de la Guardia Civil, como en la propia estructura judicial castrense, compuesta por órganos independientes, permanentes, sedentarios y solemnes desde la promulgación de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, modificada por la

Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio, formando parte de las fiscalías, juzgados togados y tribunales militares que conforman la jurisdicción castrense.

Pues bien, es a este que denominamos Derecho militar, y que se manifiesta en las mismas distintas ramas, materias o especialidades que aquellas recogidas en el Derecho público común, pero que más precisamente podríamos circunscribir a las áreas de administrativo, penal, disciplinario, procesal, marítimo, aeronáutico o internacional, al que se dedica la labor realizada por la mencionada Sección Científica de Derecho Militar de la Real Academia.

Es este mismo Derecho militar, por otra parte, objeto de las consiguientes especializaciones que para la adecuada carrera profesional de los oficiales auditores pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar, están previstos en la planificación docente mediante los cursos de perfeccionamiento, que a los efectos de buscar la excelencia en el ejercicio específico de las distintas ramas del Derecho militar se convocan periódicamente por la Subdirección General de Enseñanza Militar del Ministerio de Defensa.

Así, tras la feliz iniciativa y los fructíferos contactos y comunicaciones habidos entre representantes de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, quien tiene asimismo entre sus cometidos antes mencionados la gestión del programa editorial y las publicaciones, se han podido firmar en este año 2016 sendos convenios de colaboración entre el departamento ministerial y la prestigiosa corporación científica tantas veces mencionada, el primero de ellos de carácter genérico para el establecimiento de un entorno de cooperación en los ámbitos jurídico, académico, científico y cultural de interés común, y el segundo, de ámbito más específico para el desarrollo de actividades relacionadas con la edición y distribución de publicaciones.

Y nos aparece como primera manifestación de esta colaboración que tanto fruto promete ofrecer, y presidido por este interés común que representa para todos los estudiosos del Derecho militar y operadores jurídicos en general, y por supuesto para los propios fines de una institución tan prestigiosa como la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el acuerdo y compromiso de una coedición de los estudios y conferencias organizadas por la 20ª Sección Científica de Derecho Militar, a través de la Subdirección General de Publicaciones y Patrimonio Cultural del Ministerio de Defensa, para tras su registro, selección y autorización por parte de sus autores, proceder a su difusión dándolos a conocer mediante su publicación periódica en una cuidada colección, y de este modo facilitar el acceso a un sector del ordenamiento jurídico español que lamentablemente hemos de admitir que, si no directamente postergado, es desde luego tratado de un modo muy tangencial y secundario en los planes de estudios de nuestras Universidades y Centros docentes civiles, salvo algunas honrosas excepciones como son la Universidad de Granada en colaboración

encomiable con el Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra, con sede en la misma capital andaluza, o la Universidad Católica de Murcia, que convocan regularmente másteres o cursos de formación en Derecho militar; pero que no por tratarse de unas disciplinas jurídicas de ámbito minoritario –o precisamente por eso– debe existir un empeño mayor en que su conocimiento y difusión se generalice, como ocurre en sistemas jurídicos extranjeros que poseen un Derecho militar con sustantividad propia, sin complejos ni recelos. Todas las razones y circunstancias que de forma resumida y algo apresurada hemos puesto de manifiesto en esta presentación hacen que sea ciertamente bienvenida esta nueva colección jurídica que acaba de nacer y que viene a significar un hito en el desarrollo doctrinal y actualización constante y necesaria del Derecho militar, al tiempo que complemento perfecto a la ya veterana Revista Española de Derecho Militar, que editada asimismo por la Subdirección General de Publicaciones y Patrimonio Cultural del Ministerio de Defensa cuenta con seis décadas de fructífera existencia y es referente de numerosas instituciones militares y universitarias de Latinoamérica, así como a los más recientes Cuadernos Prácticos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, que nacidos en el año 2009 se nutren de la actividad académica y docente de alumnos y profesores de este centro militar de enseñanza, para que sirva de apoyo y sostén a tan loables propósitos, y a la que ciertamente auguramos toda suerte de éxitos.

Madrid, septiembre de 2016

*Irene Domínguez-Alcahud Martín-Peña*  
*Subsecretaria de Defensa*



## PRÓLOGO

### I

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación es una entidad multiseccular. Según ha escrito recientemente Antonio Pau Pedrón<sup>1</sup> académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y copresidente de la Sección de Derecho Militar. «Los juristas formados en las universidades y los abogados en ejercicio, carentes de formación en el Derecho vivo, necesitaban conocer y ejercitarse en la aplicación de las normas vigentes y en su interpretación por los tribunales: en lo que se llamó *jurisprudencia práctica*. Y para el conocimiento y ejercicio del Derecho vivo se creó la *Junta de Jurisprudencia Práctica*, que comenzó rigiéndose por unos estatutos de carácter privado de 1739, y que una Real Cédula de 20 de febrero de 1763 convirtió en *Real Academia de Derecho Español y Público*, institución que luego se llamará, simplemente, desde la Real Cédula de 9 de julio de 1798, *Real Academia de Derecho Español*. Esta academia adoptó como patrona a santa Bárbara, y de ahí que aparezca designada también como *Real Academia de Santa Bárbara*».

Pero no es momento de reproducir la rica trayectoria histórica de nuestra Real Academia, para lo que me remito a la copiosa obra del prestigioso jurista que acabo de citar. Centrémonos en la realidad actual.

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, según el artículo 1 de sus estatutos aprobados por el Real Decreto 1058/2005, de 8 de septiembre, «bajo el patronazgo de su majestad el rey, es una corporación científica de Derecho público, dotada de plena capacidad jurídica y capacidad de obrar, integrada en el Instituto de España». Tiene como fines «la investigación y el cultivo

---

<sup>1</sup> A. PAU PEDRÓN, La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y su colección fotográfica de retratos, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, página 9.

del Derecho y ciencias afines y la contribución al perfeccionamiento de la legislación» (artículo 5 de los estatutos). Para el cumplimiento de sus fines, asume, entre otras, las siguientes funciones de acuerdo con el artículo 6.a de dichos estatutos: «El estudio y la enseñanza de toda clase de materias jurídicas en sesiones de Plenos de académicos de número y de las Secciones científicas y mediante conferencias, cursillos, publicaciones y cualesquiera otros medios conducentes a tal fin».

En consonancia con lo anterior, el artículo 42 de los estatutos se refiere a las secciones en las que se articula la Real Academia, para así «dar mayor amplitud y participación en el desarrollo de los trabajos científicos» de aquella.

Este artículo enumera diecinueve Secciones científicas. Su delimitación se corresponde con la división tradicional de las disciplinas con autonomía científica dentro de la unidad del Derecho, salvo las de Derecho comunitario, Derecho notarial, Derecho registral, Derecho comparado y Derecho iberoamericano.

Las Secciones científicas tienen como misión la «de informar en todos aquellos puntos que el Pleno de académicos de número les encomiende, bien a petición del Gobierno, bien por acuerdo del propio Pleno. También se encargarán de organizar actividades científicas de toda índole acordes con su especialidad», según aclara el artículo 44 de los tan citados estatutos.

## II

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación se halla inmersa en una etapa de revitalización y fortalecimiento. Los cauces que está emprendiendo para ello son, entre otros, la constitución de la Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, la potenciación de la figura del académico correspondiente y la creación de nuevas secciones a través de las cuales se canalice el estudio de parcelas del ordenamiento jurídico no encajables propiamente en las actuales.

En esta última vertiente se enraza la creación de la Sección de Derecho Militar por acuerdo inicial de la Junta de Gobierno de la Real Academia de 24 de junio de 2013.

Este acuerdo fue precedido de una intensa labor justificativa de tal creación. La celebración de conferencias sobre temas jurídico-militares y la incorporación a la Real Academia en concepto de académicos correspondientes de miembros del cuerpo jurídico militar fueron, entre otras, algunas de las manifestaciones de esta labor.

Me parece justo y de toda ley poner de relieve que la idea de impulsar la creación de la sección a la que me refiero, planteada ya en tiempos del presidente don Landelino Lavilla, fue del general de división del cuerpo jurídico militar José

Luis Poyato, entonces asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Yo no hice más que recogerla y soplar lo más fuerte que pude en el seno de la Real Academia para que su vela mayor empujara al hoy pujante barco de la Sección de Derecho Militar.

Mis compañeros y amigos académicos de número, entonces bajo la presidencia del siempre recordado Luis Díez-Picazo, acogieron con generosidad la idea, momento en el que se produjo la muy importante incorporación a la iniciativa de Antonio Pau en calidad de copresidente. Las vicepresidencias fueron ocupadas por el general Poyato desde un primer momento, y poco después por el general García Labajo, una vez nombrado asesor jurídico general.

Creada ya la Sección de Derecho Militar, su primer acto fue la conferencia que, bajo el título de *Discurso de las armas y de las letras*, pronunció el 5 de noviembre de 2013 Eduardo Serra Rexach. En este acto la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación se honró con la presencia del ministro de Defensa, Pedro Morenés Eulate<sup>2</sup>.

### III

A partir de este momento la Sección de Derecho Militar ha desarrollado una intensa actividad.

Con cadencia ininterrumpida ha organizado conferencias sobre temas jurídico-militares e históricos-militares de actualidad y permanentes y por encima de circunstancias pasajeras. En total, han sido dieciséis las conferencias celebradas.

Ha organizado también la presentación de publicaciones, como la del número 100 de la Revista de Derecho Militar.

En estas actividades han participado tanto juristas civiles como militares, todos ellos de notable categoría personal y profesional.

En paralelo, en 2016 el Ministerio de Defensa y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación firmaron un convenio específico de colaboración para la edición y distribución de publicaciones.

A la luz de lo anterior, la boga de la Sección de Derecho Militar ha cobrado tal intensidad que ha retenido la atención de los órganos directivos del Ministerio de Defensa. Quiero personificar esta atención, y lo hago agradecidamente, en mis compañeros y amigos Irene Domínguez-Alcahud, la subsecretaria, y

<sup>2</sup> Al día de hoy forman parte de la Sección de Derecho Militar —la número 20 de la Real Academia—, según consta en el libro de Antonio Pau antes citado, página 97, las siguientes personas: «Presidentes: Luis María Cazorla Prieto y Antonio Pau; vicepresidentes: José Luis Poyato Ariza y Juan Manuel García Labajo; secretario: Abraham Martínez Alcañiz; vocales: Luis Lloret Gadea, Juan Serrada Hierro, Fernando Marín Castán, Ángel Luis Alonso de Antonio, Gonzalo Zarranz Doménech, Abraham Martínez Alcañiz, Rafael José de Espona Rodríguez, Ricardo Muñoz García y Antonio Juan Carlos Fernández Martín».

David Javier Santos Sánchez, el secretario general técnico, que han apoyado la sección entusiásticamente y dando mucho más de lo que se podía pedir.

La guinda —me acabo de enterar en una inolvidable travesía a bordo del Juan Sebastián de Elcano que estamos ante un término marinero— la acaba de poner el ministro de Defensa, quien desde su altura —me refiero a la política y personal, no a la física, que también la tiene— ha mirado desde el primer momento con buenos ojos a la Sección de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de constante referencia.

En efecto, muy agradecidos le estamos en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y más en particular en su Sección de Derecho Militar por la concesión del premio extraordinario de Defensa 2016 «a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, por su relevante trayectoria en la difusión a través del fomento de la ciencia del Derecho, del conocimiento de la Defensa y la imagen de las Fuerzas Armadas, MUY ESPECIALMENTE DE LA SECCIÓN DE DERECHO MILITAR», así dice la Orden DEF 1023/2016, de 22 de junio, por la que se concede el premio extraordinario de Defensa 2016. Naturalmente que esta disposición no utiliza las letras mayúsculas; esta es una libertad que me he permitido como copresidente de la Sección de Derecho Militar que se ha dejado muchos esfuerzos en el empeño.

No sería justo y desde luego imperdonablemente desagradecido que no mencionara aquí, además de a los que ya lo he hecho —Pedro Morenés, Irene Domínguez-Alcahud y David Javier Santos Sánchez—, a Alejandro Alvargonzález, hasta hace poco secretario general de Política de Defensa, a Javier Casas, director de la División de Coordinación de la Actividad Internacional del Ministerio de Defensa, y a los generales Poyato y García Labajo por su apoyo en el proceso que culminó con el otorgamiento del premio de Defensa 2016. Tampoco quiero olvidarme en los agradecimientos de Margarita García Moreno, subdirectora general de Publicaciones y Patrimonio Cultural del Ministerio de Defensa, que ayuda con interés y afán a que las publicaciones que emanan de la Sección de Derecho Militar vayan viendo la luz.

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y su Sección de Derecho Militar les queda sinceramente agradecidos, lo reitero machaconamente.

#### IV

Más de uno se podría preguntar a estas alturas a qué viene tanta referencia a la Sección de Derecho Militar en estas páginas prologales del libro Estudios de Derecho Militar 2016 que editan conjuntamente la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y el Ministerio de Defensa al amparo de su convenio de colaboración.

Después de garabatear estas líneas —soy de los antediluvianos que escriben a mano y con una letra desfigurada—, me doy cuenta de que pocos, muy pocos, se pueden hacer esta pregunta por una razón tan consistente que cae por su propio peso. El libro Estudios de Derecho Militar es un fruto primerizo y aventajado de la labor de «difusión, a través de la ciencia del Derecho, del conocimiento de la defensa y la imagen de las Fuerzas Armadas» por parte de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y, en concreto, de su Sección de Derecho militar.

## V

Ha llegado el momento de proceder a una breve referencia particularizada al libro y a los estudios que lo integran.

En lo que concierne al libro como tal, adelanto dos reflexiones. La primera, que nace con vocación de constituir una primera entrega (de ahí que se identifica también con el año 2016), a la que se pretende que den continuidad otras que recojan los trabajos desarrollados en el seno de la Sección de Derecho Militar. La segunda, más general, creo que estamos ante un acto hermoso de colaboración del Estado, en este caso encarnado —les ruego que me autoricen esta expresión a título de concesión al autor— en el Ministerio de Defensa y en una Corporación de Derecho Público que, para dar más sentido y fundamento a la ayuda presupuestaria que recibe de aquel, debe, a mi juicio<sup>3</sup>, canalizar cada vez más iniciativas como la que constituye la publicación de este libro.

Por lo que atañe a los estudios en concreto, cuya relación no reproduzco para no caer en la reiteración, destaco:

- Su objeto amplio que absorbe desde aspectos muy generales a otros concretos.
- La variedad de los conferenciantes en su momento y ahora autores. Se combinan civiles de muy distinta formación y trayectoria con militares de muy diferentes empleos y funciones.
- Su contenido fundamentalmente jurídico, aunque no solo jurídico porque en algunos casos va bastante más allá.

## VI

Creo que con la publicación de estos Estudios de Derecho Militar 2016 se da un importante primer paso, que, como todo primer paso, es desde luego mejorable.

---

<sup>3</sup> A este punto me he referido con cierto detalle y enfoque general en mi artículo «Felipe VI en las Reales Academias», TERCERA, ABC, 4 de octubre de 2014.

Confío, pues, en que este libro tenga continuidad hasta formar una colección de ritmo anual o, al menos, bianual.

Para ello es trascendental que las calderas de la Sección de Derecho Militar se aviven cada vez más y mejor. En tal sentido, hemos de dar relieve a la conferencia inaugural de cada curso, hemos de empezar a combinar los actos abiertos con seminarios de estudio más restringidos y con un método más participativo, hemos de invitar a personalidades extranjeras...

Hemos, hemos, hemos..., el tiempo dirá si somos capaces de ello o la estupenda trayectoria inicial de la Sección de Derecho Militar que se refleja en la primera entrega que es este libro constituye un sueño más o menos pasajero. Eso, a la postre, depende de la voluntad de varias personas. El tiempo, en suma, dictará sentencia.

Quiero, por otro lado, expresar mi cálida enhorabuena a los autores. Lo mismo hago al Ministerio de Defensa. Bienvenida sea esta publicación entre las muy prestigiosas de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Y con estas letras pongo el punto y final.

## VII

Después de levantarme de la silla me viene a la cabeza una idea que no me resisto a plasmar en un tiempo tan cervantino como el que estamos viviendo en este azacaneado 2016.

Al muy conocido capítulo XXXVIII de la parte primera del Quijote, «que trata del curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y las letras» precede aquel «donde se prosigue la historia de la famosa Micomicona, con otras graciosas aventuras». En él, Miguel de Cervantes afirma sin empacho: «Quítenseme delante los que dijeren que las letras hacen ventaja a las armas, que les diré, y sean quien se fueren, que no saben lo que dicen... Es el fin y paradero de las letras (... poner en su punto la justicia distributiva y dar a cada uno lo que es suyo) y entender y hacer que las buenas leyes se guarden. Fin por cierto generoso y alto y digno de grande alabanza, pero no de tanta como merece aquel a que las armas atienden, las cuales tienen por objeto y fin la paz, que es el mayor bien que los hombres pueden desear en esta vida»<sup>4</sup>.

El alcaláino se manifiesta así, según veo yo las cosas, porque cree sinceramente en los valores del oficio de las armas, pero también porque, echando mano de la ironía tan propia de él como recuerda Jordi Gracia en el mismo título de su reciente y muy interesante libro<sup>5</sup>, aprovecha para hacer algún feo indirecto al

4 Don Quijote de la Mancha, en la edición del Instituto Cervantes-Crítica, dirigida por el académico Francisco Rico, Madrid, 1998, páginas 442 y 443.

5 GRACIA, Jordi, «Miguel de Cervantes. La conquista de la ironía», Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2016.

oficio de las letras, entendido este como el propio de los juristas, más bien rúbulas y burócratas, con el que tenía bastantes cuentas pendientes.

Mi imaginación ha volado y me ha llevado anacrónicamente a un Cervantes observando con agudeza la iniciativa de la Sección de Derecho Militar de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y uno sus frutos, los Estudios de Derecho Militar 2016. A renglón seguido, don Miguel pone una cara de circunstancias que no logra disimular cierta satisfacción y se le escapa: «Hora es que los del oficio de las letras presten el merecido respeto y la inexcusable consideración para con los del oficio de las armas, que les ganan en el fin de sus desvelos y la fuente de sus sacrificios: el logro y preservación del bien supremo de la paz»<sup>6</sup>.

Madrid, 9 de septiembre de 2016

*Luis María Cazorla Prieto  
Académico de número de la  
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Copresidente de la Sección de Derecho Militar*

---

6 Como afirma don Quijote en Don Quijote de la Mancha, primera parte, capítulo XXXVII, edición citada, página 444: «Esta paz es el verdadero fin de la guerra, que lo mismo es decir armas que guerra».





## REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO MILITAR

Conferencia pronunciada por el  
general consejero togado  
D. José Luis Poyato Ariza en la  
Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación, el 29 de  
noviembre de 2012.  
Vicepresidente primero de la  
Sección de Derecho Militar de la  
RAJYL.

Sean mis primeras palabras de agradecimiento a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, a la que pertenezco como académico correspondiente desde el 22 de junio de 1987, por la oportunidad que me brinda de exponer, en este rato de charla, unas humildes opiniones sobre el Derecho militar.

En mayo del presente año, al recibir una carta del anterior presidente, Sr. Landelino Lavilla, en la que me solicitaba mi posible adhesión a una sección de la Academia, contesté a la misma explicándole que me parecía muy buena idea, pero que pensaba que quizás era el momento de crear una nueva sección cual era la del Derecho militar. Así se lo expuse también al académico de número D. Luis Cazorla Prieto, quien insistió en la idea y que me ha ido machacando permanentemente, cada vez que teníamos ocasión de vernos, para que tuviéramos esta conferencia, y al final lo ha conseguido.

Como presentación conviene, en principio, establecer que el colectivo

armado, las FAS, no deben permanecer distanciadas del resto de la sociedad; sin perjuicio de ello, este «resto de la sociedad», la civil, para entendernos, también debe aproximarse al mundo castrense.

En un sistema democrático como el actual, la función militar es puramente defensiva y el enemigo se sitúa, *a priori*, en el exterior. En esta situación democrática y de enemigo externo, las investigaciones sobre los temas militares y de defensa por parte de civiles son fundamentales a favor de la convivencia del estamento militar con el resto de la sociedad de la que se forma parte.

Es necesaria esta convergencia.

Del estudio de estamento militar podemos establecer que goza de valores propios, en muchas ocasiones divergentes de los civiles, por ello no parece lo más apropiado que sean solo los miembros de las Fuerzas Armadas quienes estudien lo militar, pues puede dar como resultado una pérdida de objetividad. Hay también que destacar que sobre la materia militar no se ha prestado por parte de los juristas, digámosle civiles, la atención que merece, en particular la atención jurídica.

Fue a finales del siglo XIX cuando se afirmó que «La Ciencia del Derecho ha tratado hasta el presente al Derecho militar como a una suegra». La situación actual no es así, y no puede compararse con la de tiempos anteriores.

Quizás el Derecho militar, no es una parcela olvidada dentro de la bibliografía jurídica y, los estudios sobre este derecho, son más, incluso de lo que se podría pensar quienes permanecen distantes a esta materia.

Dejar que solo los militares se ocupen del Derecho militar no solo puede provocar una exagerada y nada buena endogamia, sino, que lo que es más, supone descuidar un terreno de extraordinario interés, desde el punto de vista jurídico.

## I. LA DEFENSA, LAS FAS Y EL DERECHO MILITAR

Cuando hablamos de Derecho militar, tenemos lógicamente que hablar de Defensa, de Defensa Nacional, del «Derecho de la Defensa» y por supuesto de Fuerzas Armadas.

El término Defensa se amplía en el sentido de que ya no solo se extiende a la Defensa militar, sino que se amplía a todos los sectores de la sociedad. En este sentido –López Henares, Vicente, en su obra «Problemas Jurídico Políticos del Poder Militar» afirma que «el cambio impresionante en la condición y posibilidades de los enfrentamientos bélicos, ha transformado el concepto clásico de Defensa Nacional y, consecuentemente, la función de las Fuerzas Armadas, así como a las relaciones entre el poder civil y el militar en la titularidad de los poderes de guerras e influyendo, al mismo tiempo, en la naturaleza social de la élite militar».

El término de «Defensa Nacional» surge después de la II Guerra Mundial, cuando comenzó a emplearse por juristas y políticos con la finalidad de extender el control no solo sobre lo puramente militar, sino sobre el ámbito económico y civil, por lo tanto, había de ir mucho más allá de lo puramente administrativo o militar.

En España, en los textos normativos el término «Defensa Nacional» es el empleado en la Ley Orgánica sobre los criterios básico de la Defensa Nacional y la Organización Militar, en la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de 1998; en el Código Penal Común, en la Ley de Personal de 1999, etc.

Hoy en día ese término se amplía incluso con la expresión «seguridad», como concepto más amplio aún que el de defensa, que parece más circunscrito a lo militar (J.R. Pardo de Santayana).

En nuestra Constitución se alude al derecho y deber de «defender a España» (art. 30), a la «Defensa del Estado» (art. 97) o simplemente a la Defensa (art. 149). El Tribunal Constitucional no ha tenido ningún problema en emplear el término «Defensa Nacional» (sentencias 113/1983, 67/84, 69/91, 57/97 y 137/97).

Ahora bien, sin perjuicio del matiz de la terminología, cabe recordar que la seguridad y la defensa son presupuestos de la misma existencia del Estado y su Constitución. Afirma Herrero de Miñón que «La seguridad es, así, un existencial de la integración política, sustancia de la Constitución. No se trata por lo tanto, de justificar constitucionalmente el imperativo de seguridad, sino que sin él no hay integración, y, en tal caso, la Constitución sería, reiterando la cita de Triepel, un cascarón vacío».

Sin perjuicio de las particulares connotaciones que en nuestro país puede adquirir la materia militar y de la Defensa hay que reconocer que existen en cualquier Estado constitucional. Cuando se trata del principio de conservación del Estado, el derecho queda sometido intensamente al principio de necesidad, la necesidad de defender eficazmente al Estado. El Derecho de la Defensa, esto es el «conjunto de normas emanadas a la necesidad de la Defensa Nacional». En consecuencia, este derecho incluye todo tipo de particularidades que se dan en las distintas ramas del Derecho cuando se alude al fenómeno de la Defensa y que guardan entre sí cierta homogeneidad (armonía), en tanto que se basa fundamentalmente en unos principios inspiradores comunes. Y tales particularidades –los efectos de la necesidad– se darán principalmente en las diversas ramas del Derecho público, aunque, también, residualmente en el marco del Derecho privado.

Los principios que rigen en materia de Defensa también se transponen al ámbito del Derecho privado, en principio bastante alejado. Baste recordar el artículo 589 del Código Civil que dispone que «no se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuerte o fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas

por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares sobre la materia». En este sentido no podemos dejar de citar y acogernos a la Ley 8/75, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional y Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, Reglamento de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional, que mas tarde, también, analizaremos. También el Código de Comercio, en su artículo final, señala que «en los casos de guerra, epidemia oficialmente declarada o revolución, el Gobierno podrá, acordándolo el Consejo de Ministros y dando cuenta a las Cortes, suspender la acción de los plazos señalados por este código para los efectos de las operaciones mercantiles, determinando los puntos o plazas donde estime conveniente la suspensión, cuando esta no haya de ser general en todo el reino».

Así, tanto en el ámbito del Derecho internacional, administrativo, penal, procesal, disciplinario y en el particular Derecho militar, se pueden advertir no pocas singularidades en relación con la ordenación común u ordinaria.

En ese sentido Salcedo y Ruiz, en su libro «Sustantividad y fundamento del Derecho Militar» expone que «la necesidad social, la obligación, por así decirlo, que tiene el ciudadano de vivir, y, por tanto, de defenderse, defendiendo a sus ciudadanos contra los enemigos de fuera y los perturbadores de adentro, es el principio fundamental del Derecho militar; principio que, si bien difundido por todo el Derecho público, no se concreta sino en este orden especial de normas jurídicas, las cuales, informadas por él, constituyen un conjunto homogéneo, ya que aunque extendidas y como dispersas por el campo de casi todas las ramas del Derecho, conservan dentro de cada uno su carácter propio y su fisonomía especial, siendo armónicas entre sí y con la base que las sustenta». Se crean así «innumerables reglas o normas, leyes y códigos»; se establece, no una especialidad o excepción, sino todo un Derecho (el militar), cuya sustantividad es incuestionable.

Cámara Villar afirma que «la Defensa Nacional no es cosa exclusiva de las Fuerzas Armadas, ni siquiera en tiempos de conflictos armados, aunque estas sean en el momento histórico que vivimos, su elemento más esencial y decisivo», y añade que «política de Defensa es también, en sentido positivo y normalizado; contribuir a mantener la paz de la sociedad nacional e internacional».

Además la Defensa Nacional, según Pardo de Santayana, como ya dijimos, también incluye la Defensa civil entendida como la «disposición permanente de todos los recursos humanos y materiales, no propiamente militares, al servicio de la Defensa Nacional y también para la lucha contra todo tipo de catástrofes extraordinarias». Herrero de Miñón señala que la Defensa militar es «la última ratio de la seguridad».

La Defensa militar entendida como «conjunto de normas o líneas de acción militares», es llevada a cabo por todos los poderes del Estado. Conformamos a su papel. Así, sin perjuicio del mando del rey sobre las FAS, el Ejecutivo dirige la

Defensa militar y la Administración militar, que incluye a las FAS, el legislativo debate las líneas generales, legisla sobre la materia y controla al Gobierno y a la Administración militar, los tribunales velan por la legalidad de la actuación del Gobierno y la Administración, y obviamente el Tribunal Constitucional controla la adecuación de unos y otros a la Ley de Leyes.

## II. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO MILITAR

No cabe duda de que la Defensa militar exige, tal y como la Constitución dispone de unas «Fuerzas Armadas» (aparece el concepto por primera vez en la Ley 92/1960, del Derecho de petición) a quienes encomienda unas misiones directamente imbricadas en la Defensa militar y por ende, en la Defensa Nacional. Y hay que partir de que las FAS son una institución constituida, reconocida y conformada jurídicamente por un ordenamiento, el militar.

Según Ulpiano el «*ius Militare*» es todo Derecho concerniente a la organización de los Ejércitos y la guerra. Andt, juez federal Alemán, señala que el Derecho militar es el «Derecho público interno que se ocupa de la expresión jurídica de todo el conjunto de las FAS».

De Querol y Durán (jurídico de la Armada) define el Derecho militar como el «conjunto de disposiciones legales que regulan la organización, funciones y mantenimiento de las instituciones armadas para el cumplimiento de sus fines, en orden a la Defensa y servicio a la Patria».

En esta misma dirección de reconocer la existencia del Derecho militar como el derecho que regula la organización militar podemos contar con el italiano Vittorio Bachelet y con Marcos Fernández Pablo.

Por otro lado, el brasileño Gomes Caneiro, juez del Tribunal Militar Superior de Brasil, define el Derecho militar como «la sistematización de las modificaciones hechas al Derecho común para la organización, el mantenimiento, la eficacia y la protección de las FAS tomando en consideración su naturaleza especial y su fin político».

Emie Dangelmaeir, llamado el «filósofo del Derecho militar» definió al mismo como «El conjunto de leyes que rigen las relaciones jurídicas de los militares y se refieren al Ejército como parte del Organismo del Estado». Esta definición se ha inspirado en la obra de Von Stein, de finales del siglo XIX.

Las normas que componen el Derecho militar se encuentran en la Constitución cuando reconoce y conforma a las FAS, así como aquellas normas que regulan su Administración y su mando en tiempo de paz y de guerra, las que rigen las relaciones jurídicas de la Fuerza Militar y de sus miembros unos con otros, así como con la población civil y con el resto del Estado así como con los ordenamientos que rigen con las Naciones extranjeras. También se contienen en el Derecho militar las normas que definen y castigan como delito o como

falta disciplinaria las acciones u omisiones capaces de causar un daño o constituir un peligro para los intereses del servicio o el eficaz desempeño de sus misiones.

El Derecho militar también comprende las normas que versan sobre la formación de los tribunales y establecen las normas procesales adecuadas para su comprobación y sanción.

El Derecho militar así observado, tal y como se acaba de señalar, comprende, por tanto, diversas ramas jurídicas, en el marco del Derecho público, como lo es el Derecho constitucional militar, es decir las normas constitucionales, a través de las cuales el Estado crea, organiza y dirige a sus FAS. Pues bien a partir de estas disposiciones (coincidimos en ello con el catedrático y magistrado del Tribunal Constitucional D. Manuel Aragón Reyes, quien en esta misma Sala el pasado día 30 de octubre de este año manifestó que las ramas del Derecho deben de partir del Derecho constitucional), se desarrolla un Derecho-administrativo militar, un Derecho penal militar y un Derecho disciplinario militar así como un Derecho jurisdiccional militar. En estas vertientes podríamos incluir la existencia del Derecho internacional, así como un Derecho militar moral, integrante dentro del campo de las Reales Ordenanzas, si bien habrá que tener presente la posible contradicción entre derecho y moral.

Bachelet señalaba la existencia de un Derecho constitucional militar (mando de la Fuerza Armada, servicio militar, bandos militares); un Derecho internacional militar (relaciones de paz y guerra, acuerdos internacionales y las entonces Alianzas militares); un Derecho administrativo militar (que organiza la Fuerza Armada, el régimen jurídico de los mandos militares, el patrimonio militar, así como las requisas militares y las limitaciones de la propiedad por la Defensa militar); un Derecho penal militar; y un Derecho procesal militar (aplicación de las sanciones militares) y por último un Derecho privado de la Administración militar (contratos de Derecho privado, testamento militar, etc.).

Por su parte De Querol y Durán afirma que el contenido del Derecho militar, viene dado por el triple modo de actuación de los Ejércitos, a saber: Administración, Mando y Justicia. Así confirma la existencia de 3 ramas del Derecho militar, a saber:

- Derecho Militar Técnico, Orgánico y Funcional que «trata de las leyes constitutivas y de las relativas a la preparación de la guerra».
- Derecho Administrativo Militar que comprende un Derecho orgánico (Administración central, División territorial), personal, material, gestión económica y su fiscalización.
- Derecho Penal Militar que abarca las leyes penales propiamente dichas, la organización y atribuciones de los Tribunales militares.

Asimismo alude a los temas peculiares de la Navegación Marítima y Aérea, las normas de orden militar que se encuentran el Derecho civil, social e internacional.

No podemos de dejar pasar por alto el problema arduo, jurídicamente hablando, de la naturaleza del Derecho militar. Se cae en el error cuando se piensa que la autonomía propiamente dicha de la existencia del Derecho militar es la necesidad de una eficaz Defensa militar del Estado, esto es los efectos del principio de necesidad (Muñoz Alonso mantiene que la necesidad social de defenderse que tiene el Estado es el principio fundamental en que se basa el Derecho militar).

Realmente lo que confiere esta autonomía, siempre desde un punto de vista jurídico, es la existencia misma de una organización constituida por el Derecho como son las FAS. Se trata de una institución en el sentido jurídico.

Pues bien debe de ser una síntesis de estas dos teorías las que determinan la naturaleza del Derecho militar. Por un lado la necesidad de una Defensa militar eficaz y por otro lado los principios y reglas que afectan directamente a la fuerza militar. Fernández Flores, general consejero togado y catedrático de Derecho Internacional, señala la que «prescindir del Derecho y de sus condicionamientos o prescindir de lo militar y sus exigencias, es andar a la pata coja, es contribuir un orden jurídico militar ausente de la realidad, inservible para sus fines».

Por último, conviene resaltar que desde la aprobación de la Constitución española se ha creado un debate doctrinal en relación con la concepción jurídica de las FAS. Hay 2 posiciones:

- La Institucionalista (Fernández Segado, Serrano Alberca, Trillo-Figueroa, López Garrido, Elorriaga, Rodríguez-Villasante, Parada Vázquez, entre otros).
- La Administrativista (Guaita, López Henares, López Ramón, López Benítez, Blanquer, Oraá Rodríguez, etc.).

En todo caso ha habido otras vías e incluso posiciones integradoras como las de Suárez Pertierra, Menéndez Menéndez, Herrero de Miñón y Fernández-Piñero.

### III. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN MILITAR DURANTE EL PERÍODO CONSTITUCIONAL

Como no podía ser de otra manera, desde el advenimiento del sistema democrático constitucional en España, se ha registrado una importante evolución de la legislación atinente a las FAS y a la Defensa, desde los distintos campos jurídicos que ya hemos dejado más o menos integrantes del Derecho

militar. Habrá que atender, por tanto, de forma particular, cada una de las parcelas jurídicas con sus contenidos normativos concretos.

A la hora de operar una lectura del desarrollo de la legislación castrense, los hechos parecen dar la razón a quienes han señalado que la particular recepción de las FAS en el artículo 8 del Título Preliminar ha servido de «colchón» para realizar una suave transición militar a favor de su adecuación a las reglas y principios del Estado social y democrático del Derecho. Dicha transición militar se ha definido como la «aplicación de la Constitución en el ordenamiento jurídico militar y su ajuste a las exigencias que dimanan de la vigencia de una Constitución democrática». Desde entonces ha habido mucha legislación en todos los campos del Derecho militar, que luego señalaremos en cada parcela, eso sí todas conformadas a los Gobiernos de diferente matiz político (UCD, Partido Socialista, Partido Popular).

Hay autores que han llegado a afirmar el «perverso» papel de legislador en materia militar, por operar los cambios en la normativa a golpe de sentencia del Tribunal Constitucional e incluso bordeando las exigencias de este alto órgano. La promulgación de las Reales Ordenanzas de las FAS, marcó quizás un camino importante para marcar la «normativa moral militar». Las Reales Ordenanzas de Carlos III, de 1768, estuvieron vigentes 2 siglos por lo cual parecía obvia la necesidad de renovar la normativa que regía la vida militar. Era necesaria esta norma para significar la entrada en un régimen constitucional, distinto al precedente.

Pese a que su aprobación fue simultánea a la de la Constitución, sus orígenes datan de 1973 y su elaboración básica es de principio del año 1977. Se discutió por la doctrina sobre la constitucionalidad de algunos de sus artículos, pero su verdadero y efectivo valor normativo pudo ser determinado gracias a una interpretación conforme a la norma suprema, de ahí que no quepa hablar de inconstitucionalidad.

Mayor complejidad tiene la constitucionalidad formal, pues de acuerdo con la Constitución se debería de haber aprobado por Ley Orgánica, que por su desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81 CE) ya por regular las bases de la organización militar (art. 8º 2 CE). Y es que si en la fecha de aprobación parlamentaria (20 de diciembre) y de sanción real y promulgación (28 de diciembre) son anteriores a la entrada en vigor de la Constitución (29 de diciembre) su fecha de publicación es posterior (las R.O. se publicaron el 12 de enero de 1979 y no entraron en vigor hasta 20 días después, el 1 de febrero).

No obstante, como señala la doctrina mayoritaria, desde este punto de vista formal, las Reales Ordenanzas, serían una norma preconstitucional (autores de la talla de Blanco Valdés, García Martorell, Trillo-Figueroa, Jiménez Villarejo, Blanquer, etc., desarrollaron este tema).

Empecemos por tanto con las distintas ramas del Derecho militar.



## 1. CONSTITUCIONAL

Desde el punto de vista Constitucional, tal desarrollo o bajo su esfera podemos hablar de la evolución en la dirección de la Organización militar y de la Defensa, que comienza con la promulgación de la Ley 83/1978, de 28 de diciembre, por la que se regulan las funciones de los distintos órganos superiores del Estado, en relación con la Defensa Nacional; la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Reales Ordenanzas para las FAS; la Ley Orgánica 4/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización militar, con los significativos de la asunción de mando de la Organización militar por las autoridades políticas; la Ley 9/1980, de 6 de noviembre de modificación del Código de Justicia Militar de 1945; la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio sobre los estados de alarma, excepción y sitio, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 116.1º de la CE (se contaba con la Ley de Orden Público de 1959 y con la Ley de Movilización Nacional de 1969, empleada por última vez en 1976, con motivo de las huelgas de Renfe, correos y bomberos de Barcelona). Pues bien, tras un frustrado proyecto de Ley en 1979 (Ley de Seguridad Ciudadana) y tras el fallido Golpe de Estado de 1981, en el que se decretó el estado de sitio por el capitán general de Valencia, y tras los atentados terroristas de marzo de 1981, según Fernandez Segado, se tramitó por el procedimiento de urgencia esta Ley Orgánica 4/81, de 1 de junio, que no sufriendo muchas críticas, no había sido aplicada nunca, hasta la noche de 3 de diciembre de 2010, en que con motivo de la huelga de controladores aéreos se decretó el estado de alarma mediante Real Decreto 1763/2010, de 4 de diciembre y en el que tuve el honor y la responsabilidad de participar en su redacción hasta altas horas de la madrugada, como representante del Ministerio de Defensa; la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero por la que se reforma la Ley Orgánica 4/1980, de Criterios Básicos; La Ley 19/84, del Servicio Militar, la Ley 48/1984 y la Ley Orgánica 8/1984 de 26 de diciembre, por las que se regula la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria, y otras leyes orgánicas relativas al personal militar, al Código Penal, a la jurisdicción militar, al régimen disciplinario, etc., que iremos viendo en las otras disciplinas del Derecho militar.

Pero en este campo no debemos dejar de señalar la última Ley de Defensa Nacional y la Ley de Derechos y Deberes.

La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, tiene por objeto regular la Defensa Nacional y establece las bases de la organización militar conforme a los principios establecidos en la Constitución.

Esta ley permite la nueva transformación no solo de los Ejércitos, sino también, de la sociedad internacional. Estudia un nuevo modelo de Fuerzas Armadas, totalmente profesionales. Estudia las atribuciones de los poderes del Estado

(Corona, Costes, Gobierno, presidencia del Gobierno, Ministro Defensa, Consejo de Defensa Nacional, de nueva creación); la organización actual de las Fuerzas Armadas; las misiones de las FAS y su control parlamentario; se deja sin efecto la organización territorial militar; se crea una estructura orgánica y otra operativa (Jemad); con base al art. 30 de la CE, se establece la posibilidad de incorporación de los ciudadanos, como reservistas, a las FAS. Esta ley se dictó de acuerdo con lo previsto en el art. 8.2 y en el ejercicio de la competencia prevista en el art. 149.1.4 de la CE.

Por último, en este campo, debemos señalar y significar la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las FAS, supone la culminación definitiva de la reforma ordenancista prevista por la ley anterior.

Con esta ley se actualiza la regulación de su ejercicio por los miembros de las FAS, teniendo en cuenta su condición de servidores públicos sometidos a la disciplina militar.

Las novedades más relevantes son la regulación del derecho de asociación, la creación del Consejo de Personal de las FAS y la del observatorio de la vida militar.

La regulación de las asociaciones profesionales integradas por miembros de las Fuerzas Armadas para la defensa y promoción de sus intereses profesionales, económicos y sociales.

El Consejo asesor de personal se reunió por primera vez el pasado mes de octubre.

El observatorio de la vida militar es un órgano colegiado, de carácter asesor y consultivo, adscrito a las Cortes para el análisis permanente de la condición militar. Este órgano estará compuesto por 5 miembros elegidos por el Congreso y otros 4 por el Senado, entre personas de reconocido prestigio en el ámbito de la Defensa, los recursos humanos o en el de Derechos fundamentales y libertades públicas.

## 2. DERECHO ADMINISTRATIVO MILITAR

Es este campo enormemente extenso, pues en él son muchas y muy amplias las materias que podemos englobar en relación con las FAS, o con el concepto de Defensa y Seguridad.

Se estudia dentro de este campo el régimen del personal militar que hasta 1989, estaba muy desperdigado y recogido en una desmesurada y dispersa, repito, normativa.

Ya en la Ley de 1980, sobre los Criterios Básicos de la Defensa, se preveía esta legislación.

Con la 1ª Ley de Régimen de Personal Militar Profesional, Ley 17/1989, de 19 de julio, se aprobó el 1er estatuto profesional de los miembros de las FAS con

independencia del Ejército o Cuerpo al que se perteneciese y también se dio la 1ª oportunidad para ingresar en los cuarteles a la mujer. Supuso esta ley un hito en la racionalización y fijación de criterios homogéneos en la política de personal militar.

Posteriormente y con un contexto estratégico totalmente nuevo, fue necesario, con las demandas de la sociedad, una nueva Ley de Personal, y así se promulgó la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que supuso la suspensión del servicio militar obligatorio.

Se promulgó la Ley de Defensa Nacional, la Ley 8/2006, de Tropa y Marinería, la Ley 7/2007, de Estatuto Básico del Empleado Público y con todo ello, se promulgó la nueva Ley 39/2007, de 19 de noviembre de Carrera Militar, Ley vigente en la actualidad con su desarrollo correspondiente; R.D. 711/2010, de Especialidades; RD 35/2010, de Ingreso y promoción de la enseñanza; RD 456/2011, de 1 de abril, de Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional.

Quizás, así habría que hacer mención, también al «Derecho premial» para la regulación de las condecoraciones militares (Orden de San Hermenegildo, Cruces de los Méritos Militares, Naval y Aeronáutico, Orden de San Fernando, otras Órdenes Militares).

### 3. DERECHO PATRIMONIAL MILITAR

El patrimonio también tiene un desarrollo específico por su faceta de patrimonio específico.

Veamos algunas de esas características:

- La Ley del Suelo de 2008 establece que los bienes afectados a la Defensa Nacional, al Ministerio de Defensa o al uso de las FAS, están vinculados a los fines previstos en su legislación especial. La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003, establece procedimiento especial para la afectación y desafectación de inmuebles a las necesidades de la Defensa Nacional.
- Con respecto a la expropiación forzosa, hay unas características especiales para las expropiaciones militares (art. 100).
- Las requisas militares (101 LEF) que se definen como privación temporal de un bien, económico o no, dispuesta activamente por la Administración militar en los casos señalados por la ley y compensada mediante la adecuada indemnización.
- Zona de interés para la Defensa, que mantiene una normativa especial y que va a suponer unas limitaciones a la propiedad, por su inmediatez a una instalación militar o civil de interés militar. Se regula por la Ley 8/75,

de 12 de mayo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, el R.D. 689/1978, de 10 de febrero, se aprueba el Reglamento para desarrollo de la Ley, y luego la Ley 5/2005, de Defensa Nacional. Hay una clasificación consistente en:

- 1) **Zona de interés para la Defensa Nacional** – «Extensiones de terreno, mar o espacio así se declare en atención a que constituye o puedan constituir una base permanente, un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin» (Quintos de Mora, Bárdenas Reales, Pico del Lobo, isla de Hierro, Campamento (Madrid)).
- 2) **Zonas de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar** – definidas como «las situadas alrededor de la misma quedan sometidas a las limitaciones que se establezcan en orden a asegurar la actuación eficaz de los medios de que disponga, así como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad». Las zonas próximas de seguridad tendrán 300 metros de anchura, y en estas zonas no podrá realizarse sin autorización del Ministerio de Defensa, trabajos, instalaciones o actividades de clase alguna. En las baterías de costas será la zona de 400 metros y en los puertos de 1 milla. Las zonas se dividen o clasifican como: bases terrestres, aeródromos, instalaciones radioeléctricas, talleres y depósitos de municiones, campos de instrucción y maniobras (200 metros).
- 3) **Zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros**
- 4) **Instalaciones civiles de Interés Militar** – por ejemplo la de «Explosivos Alaveses, SA., Santa Bárbara, CETME, Navantia, etc.

- Las licencias urbanísticas (excepciones)
- Ibi – excepciones afectos a la Defensa Nacional (Navantia...)

#### 4. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

También en materia de contratación, en las FAS, tenemos unas especificidades, que en esta parte del Derecho militar podemos sintetizar en:

La Ley 24/11, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad, que incorpora al Ordenamiento Jurídico Español; las normas contenidas en la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la Defensa y Seguridad.

Hasta el momento no se ha desarrollado su Disposición adicional novena, en la que se establece que el Gobierno determinará las capacidades industriales y área de conocimiento que afecten a los intereses esenciales de la Defensa.

También por Real Decreto Ley nº 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberación del comercio y determinados servicios, regula en su Título II, los contratos Gobierno a Gobierno (explicación parcial), que empiezan a ser estudiados por despachos de abogados como el de Uría-Menéndez.

Y para terminar en este campo, cabría señalar las encomiendas de gestión a Organismos Autónomos del Ministerio (Inta, SMC), y a empresas Públicas (Isdefe y Tragra), y los contratos declarados secretos y reservados, de gran aplicación en casi todos los programas de Defensa.

## 5. JURISDICCIÓN MILITAR

Al internarnos en la historia misma de la disciplina militar debemos estudiar los antecedentes históricos para determinar en qué momento puede hablarse de un naciente Derecho jurisdiccional militar.

González-Delito, ilustre miembro de esta Academia, expone que «históricamente jurisdicción indica potestad decisoria, enjuiciamiento, “ius puniendi”, ejercicio de diversas funciones, pero con independencia de la Administración, porque la separación de las autoridades administrativas y judiciales, tan preconizadas en nuestro Derecho moderno, era desconocida en la mayor parte de los pueblos antiguos y sobre todo entre los romanos. En la España primitiva no hay diferencia entre mando y justicia, cuyos primeros vestigios han sido aventurados por García Gallo, en los “suffetes” fenicios, especies de magistrados temporales y electivos con atribuciones políticas y judiciales, y en los “estrategas” griegos que se diferenciaban de los “Arcontes” en que estos dirimían los pleitos civiles, mientras los primeros se ocupaban de los juicios relacionados con la actuación de los ejércitos en campaña».

En la civilización romana, según refiere Mommsen, la jurisdicción militar era ejercida por tribunales de las legiones y estaba delegado en los oficiales manteniendo los generales, en supuestos de percepción personal de delitos, la posibilidad de castigar sin ninguna forma de proceso.

Más adelante surge la figura del «magister militum» como depositario de la potestad jurisdiccional sobre los soldados y los «aparitores» como encargado de la ejecución de las sentencias. Se aprecia ya la distinción entre delitos comunes y militares y en este sistema de enjuiciamiento es característico que el mando militar lleva aparejado el poder punitivo.

La edad media no aporta, desde el punto de vista del Derecho militar ningún dato interesante, en una zona como la española, caracterizada por la diseminación normativa en un sin número de fueros municipales.

Ninguna novedad castrense advierten los estudiosos del asunto hasta la aparición de las «7 partidas» del Alfonso X, que según afirma el auditor Salcedo vendrían a ser consideradas «durante muchísimo tiempo como el Cuerpo general y común del Derecho militar en España». Las nuevas figuras serán los «Alféreces del rey», el «Adalid», los «Almoademas», los «Almogavares», los «Almirantes», los «Comitres», los «Condestables», etc.

Es, a finales del siglo XV cuando «se constituye también con autonomía el derecho referente a la guerra u organización militar como consecuencia de la formación de los ejércitos permanentes y de la necesidad de mantener su disciplina», surgiendo entonces los primeros atisbos del Derecho militar, en el que no cabe aún una distinción entre Normas penales y disciplinarias.

Con los Reyes Católicos, que crean el Ejército Nacional y permanente aparece la figura del capitán general, en el que se unifica el mando y la justicia y aparecen los «Preboste» (policía judicial). La moderna Justicia militar está constituida por las «Ordenanzas de Alejandro Farnesio», conocidas también como las «primeras de Flandes», de 1587 y en las que se regulan los cargos de auditor general y auditores particulares.

Con los Borbones aparecen los famosos y conocidos «Consejos de guerra», que se mantienen hasta hace relativamente pocos años.

En 1890 se promulga el 1er Código de Justicia Militar, punto de la refundición del Código Penal del Ejército de 1884 y del Código de la Marina de Guerra de 1888. Las características principales de estos códigos son: competencia por razón de la materia, de la persona y del lugar; ejercicio de jurisdicción compartida entre la Autoridad militar (capitán general o almirante) con su auditor y la existencia de una cúspide jurisdiccional común en el Consejo Supremo de Guerra y Marina. En el paréntesis republicano se crea una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo, precedente del actual sistema.

En fecha 17 de julio de 1945 se promulga el Código de Justicia Militar, uniforme para los tres Ejércitos. En este código conocido por algunos como el «vademécum» de 1945, se incorporan en el mismo cuerpo legal, el conjunto de normas orgánicas procesales y sustantivas, necesarias para el ejercicio de la jurisdicción militar, en el que ya aparece una distinción entre el régimen penal y el régimen disciplinario (delitos y faltas penales). La diferenciación entre la acción penal y disciplinaria en el Código de Justicia Militar fue analizada con su claridad habitual por el auditor penalista José María Rodríguez Devesa.

En los campos del Derecho penal militar, Derecho disciplinario militar y Jurisdicción castrense desde la aprobación de la Constitución la legislación o la actuación del legislador ha sido relevante. Como ya hemos explicado en el Código de Justicia Militar convivían tanto la regulación penal, como la disciplinaria (indistinguidas, según Jiménez Villarejo), así como la Justicia militar. Y era totalmente necesaria su modificación.

## 6. DERECHO PENAL MILITAR

Pues bien, con la Ley Orgánica 9/80, que reformó el Código de Justicia Militar se comenzaba el proceso de tecnificación jurídica de los Órganos Judiciales, suprimiendo el fiscal militar que era lego en derecho y permitiendo la posibilidad del defensor letrado y se creaban los jueces togados militares de Instrucción, reduciéndose también el fuero militar.

Por fin con la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre se aprueba el Código Penal Militar.

Se trata de un código con identidad propia y se limita, de acuerdo con el principio de especialidad de la Ley Penal Militar, a consignar sus particularismos, con referencia, en los demás, a la legislación común. Tiene 197 artículos, divididos en dos libros. Cabe destacar como novedades, siguiendo a José Luis Rodríguez-Villasante la enumeración de los principios penales básicos (legalidad, culpabilidad, igualdad, retroactividad), la diferenciación entre los diversos delitos contra la Defensa Nacional, los nuevos delitos contra las leyes y los usos de la guerra, la desaparición de la rebelión militar, la sistematización de los delitos contra la disciplina militar, etc.

En su preámbulo se establece que «los principios constitucionales y el progreso experimentado por la ciencia del Derecho penal son factores que requerían, no ya una reforma de las leyes penales militares, sino la promulgación de un nuevo Código Penal Militar».

Con la aprobación del Código Penal queda separado el Derecho penal militar sustantivo tanto del Derecho disciplinario cuanto del Derecho procesal militar. Con este Código Penal Militar destaca los casos contados en que un civil puede cometer delitos militares (contra centinelas, contra la Administración de Justicia Militar, allanamiento de establecimiento militar); se rebaja las penas de privación de libertad y se suprime la pena de muerte para tiempo de paz y se aplican los principios generales del Derecho penal.

Este código ha sido objeto de diversas reformas parciales. Citemos por ejemplo las L.O. 4/1987, 2/1989, 13/1995, de Servicio Militar, 11/1995, de Abolición de la Pena de Muerte y 3/2002, por la que se deroga el art. 119 bis que se había añadido con la Ley del Servicio Militar, entre otras. El Código Penal Militar ha sido estudiado exhaustivamente por los miembros del Cuerpo Jurídico Militar destacando los comentarios al mismo de Blecua y José Luis Rodríguez-Villasante.

Conviene recordar, que en 1997 se culminó un borrador de anteproyecto de nuevo Código Penal Militar, encargado a José Luis Rodríguez-Villasante, que siguió en buena medida, el anteproyecto de la Asociación Nacional Italiana de Magistrados Militares, que no llegó a cuajar.

Y, próximamente, en la actualidad, se va a crear un grupo de trabajo en el Ministerio de Defensa para acomodar el Código Penal Militar a las nuevas tendencias penales ordinarias, cuyo grupo de trabajo será dirigido, de nuevo, por el general consejero togado José Luis Rodríguez-Villasante.

## 7. DERECHO DISCIPLINARIO

Asimismo en 1985, también, fue aprobada la Ley Orgánica 12/1985, de 9 de diciembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, con esta ley se distanciaba el Derecho penal del Derecho disciplinario. Sin embargo esta ley tuvo distintas críticas legales y no pocas reservas doctrinales por cuanto a su respeto del Principio de legalidad en la tipificación de las conductas sancionables, así como ciertas cuestiones relativas a las garantías del sancionado. Esta ley fue derogada por la Ley Orgánica de Régimen disciplinario de las FAS nº 8/1998, de 2 de diciembre, que no supuso redefinición alguna del Derecho disciplinario militar ni afrontó las mayores críticas doctrinales de la ley precedente. Se puede decir que se trata de una revisión de la Ley del 85, a la que trata de mejorar y perfeccionar.

Esa ley supuso una corrección técnica de la anterior y va dirigida al Ejército profesional, en ciernes en aquel momento, y también a las nuevos escenarios de los Ejércitos en misiones internacionales. Tras las Sentencias del Tribunal Constitucional que exigía una normativa disciplinaria propia para el Cuerpo Militar de la Guardia Civil se aprobó la Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, con vigencia hasta el año 2007, al haberse aprobado la nueva Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Posteriormente, en mayo de 2011, se aprobó un proyecto de nueva Ley de Régimen Disciplinario Militar, cuyo texto llegó a publicarse en el Boletín del Congreso de los Diputados, pero que llegó a decaer en noviembre del mismo año, al convocarse nuevas elecciones generales.

Este proyecto defendía una nueva tipología de las infracciones, un nuevo catálogo de sanciones, las autoridades y mando con potestad disciplinaria y los procedimientos. Desaparecía el arresto por falta leve que era sustituido por la suspensión de actividad de uno a diez días, asimismo se incorporaba una nueva modalidad punitiva como era la suspensión de actividad, con la correspondiente pérdida de haberes, la represión agravada y la resolución de compromiso.

En la actualidad, un nuevo grupo de trabajo, bajo la dirección del omnipresente (porque está también aquí) general consejero togado José Luis Rodríguez-Villasante, con sede en el Ministerio de Defensa ha elaborado un nuevo régimen disciplinario. El citado Anteproyecto de Ley ha sido ya informado por el Consejo



General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal y tan solo falta la información que en próximos días elaborará el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, tras lo cual, será remitido al Consejo de Estado para su posterior aprobación en Consejo de Ministros.

## 8. DERECHO PROCESAL MILITAR

Una vez aprobado el Código Penal Militar y el Régimen disciplinario militar solo quedaba embarcarse en una reforma y revisión en profundidad, de la jurisdicción militar.

Por ello fue aprobada la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; cuyos principales rasgos son:

- Exclusión de los mandos militares de sus funciones jurisdiccionales.
- Reconocimiento de un estatuto de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento al imperio de la ley.
- Establecimiento de órganos judiciales permanentes.
- Tecnificación jurídica.
- Composición mixta de juristas y militares en los Tribunales.
- Redefinición del ámbito de la jurisdicción militar, solo para delitos militares.

Problemas doctrinales con esta ley los hubo, pues se ponía en juego la independencia de los jueces, debido a la movilidad por medio de los ascensos, pero el Tribunal Constitucional ha ratificado la constitucionalidad del estatuto del juez militar desarrollado por esta ley. Se crean los órganos de la jurisdicción militar: Sala 5ª T.M. Central, Tribunales territoriales y Juzgados Togados Militares.

También hay que destacar que hubo que esperar el desarrollo de esta ley por medio de la Ley de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar de 21 de abril de 1988, para que se diera un carpetazo definitivo a los Tribunales de Honor Militar (permitidos por la Constitución) que tuvo luego una modificación por la Ley 44/1998, de 15 de diciembre, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar.

Un año después, es decir en 1989, la reforma legislativa sobre la jurisdicción militar se culminaba con la aprobación de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de mayo, Procesal Militar.

Rasgos principales:

- En la mencionada ley, aprobada con un importante consenso, se acentuaban las garantías del justiciable y de los perjudicados por el delito.

- Se introducía la asistencia letrada desde el momento de la imputación.
- Se introducía el acusador particular y el actor civil.
- Se introducía el principio de igualdad de partes en el proceso penal.
- Se regula el proceso penal conforme al principio de oralidad.
- Potenciación de la figura del fiscal jurídico militar (ya técnico en Derecho miembro del Cuerpo Jurídico Militar).
- Aparece el procedimiento preferente y sumario por violación de los derechos fundamentales, en materia disciplinaria, suponiendo la consideración a la «Jurisdicción militar» como «Jurisdicción ordinaria» del art. 53 de la CE.

Distintas reformas de esta ley, señalaremos las importantes. La primera la llevada a efecto por la Disposición Adicional 9ª de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, que da nueva redacción al artículo 384. También se reformó el artículo 503, por la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de la Reforma procesal y por supuesto la Ley Orgánica 11/1995, de abolición de la pena de muerte en tiempo de paz.

La Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio modificó tanto la Ley Procesal como la de Competencias y Organización de la Jurisdicción Militar. El objetivo principal y prioritario de esta reforma es garantizar la imparcialidad objetiva de los miembros de los Tribunales militares, evitando la llamada «Contaminación» de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, determinante de las condenas al Estado español en los casos Castillo Algar (sentencia de 1998) y Perote Pellón (sentencia de 2002).

## 9. DERECHO INTERNACIONAL

Ha habido en los últimos tiempos un claro renacimiento del Derecho internacional. La sociedad internacional ha abandonado las tensiones o confrontaciones. Este/oeste en la segunda mitad del siglo XX. Con la globalización de la economía se buscan otros cauces de relación en el ámbito norte-sur.

Ante nuevas sombras, con conflictos armados internos, renacimiento de los nacionalismos, etc., los países occidentales y las organizaciones internacionales vuelven los ojos a las operaciones de mantenimiento de la paz y a la preponderancia en lo jurídico del Derecho internacional humanitario o de la Injerencia humanitaria, concepto discutido pero asumido como necesario.

Las FAS alumbran así un nuevo papel que trasciende la defensa de la Soberanía Nacional y los actos de agresión a esta, para convertirse en portadora de banderas de paz en otros lugares del globo y en verificadoras de labores, interferencia o interposición en los conflictos.

Paralelamente se consolida la que se ha configurado como Justicia Penal Internacional. El Estatuto de Roma establece, por fin la Corte Penal Internacional, tema estudiado sobradamente por el magistrado de la Sala V, Fernando Pignatelli y Meca.

Por ello en la actividad de las FAS surge un nuevo concepto, una nueva razón de ser, la de ser gendarmes del Orden Internacional, el respeto a los derechos humanos y el desarrollo de las funciones humanitarias.

Y ello tiene pleno encaje en la Constitución española, donde se diseñó un Estado plenamente abierto al Derecho internacional (art. 93 a 96) y a las instituciones y organizaciones internacionales, sin excluir las militares, como resultado de un empeño nacional en «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas (...) entre todos los pueblos de la Tierra».

En este renacimiento del Derecho internacional se alumbra un Derecho operativo, que podemos definir de acuerdo con la doctrina americana como «Normas que pretende analizar en su conjunto y de manera independiente las normas jurídicas aplicables en las operaciones militares y con especial atención a las relaciones con la población civil». La Asesoría Jurídica General lo define como «Conjunto de normas que regulan la intervención militar en operaciones y las consecuencias jurídicas que se derivan de la presencia y actuación de las Fuerzas Armadas en la zona de operaciones, que serán distintas según tengan lugar en territorio nacional o en territorio de otro u otros Estados».

Entre estos parámetros podemos hablar de: los privilegios e inmunidades del personal de Organizaciones Internacionales. El Estatuto de las Tropas, en caso de conflictos armados o en «operaciones»; los SOFAS; el uso de las Fuerzas y las ROE; los MOU; los Acuerdos Técnicos; la responsabilidad patrimonial de la Administración en las operaciones fuera del territorio nacional; los aspectos jurídicos-sanitarios en misiones; el tratamiento legal de las bajas humanas en la zona de operaciones, etc.

En este punto quisiera rendir mi particular homenaje a los 165 compatriotas nuestros que han fallecido, en acto de servicio, a lo largo de estos años en misiones internacionales.

Importante en nuestra legislación sería el SOFA de Londres (1951), el Protocolo de París (1952), el SOFA pfp (1994), el Tratado del Eurocuerpo (2004), el Estatuto de Eurofor (2000) y los Acuerdos con los EE.UU....

Por último conviene hacer una mención al Derecho internacional humanitario que puede ser definido como el derecho que arbitra, a veces relaciones de fuerza desproporcionada entre Estados, Ejércitos, individuos y organizaciones privadas pero que raramente se invoca ante los Tribunales.

El Derecho humanitario es un derecho que se invoca y se defiende a través de la acción. No pertenece a los juristas, ni a los especialistas sino que debe ser conocido y defendido por el mayor número de personas.

Este derecho con base en las disposiciones de los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales referentes a la protección y asistencia a las víctimas en conflicto, incluido además; el derecho de los refugiados, los convenios sobre torturas, los derechos de los niños, los derechos humanos, etc.

A veces se habla de derecho de los conflictos armados, pero la expresión DIH, se prefiere porque se resalta el objetivo humanitario del Derecho de la guerra.

Una parcela de Derecho internacional humanitario se lleva a cabo en la Comisión Española de Derecho Internacional Humanitario. En dicha comisión de nivel interministerial, bajo la presidencia del ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación, participan distintos órganos del Ministerio de Defensa, entre uno de ellos, este que os habla.

## 10. DERECHO AERONÁUTICO

El Derecho aeronáutico nace en España el 31 de julio de 1919, con el Real Decreto sobre la creación de la Comisión Nacional de Navegación Aérea. Son varios los convenios internacionales y tratados bilaterales que regulan el desarrollo de los servicios aéreos, empezando todos ellos del Convenio de Chicago de 1944; mención al Convenio de Tokio de 1963, Convenio de la Haya 1970; La Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964.

## 11. DERECHO MARÍTIMO

La expresión más clásica de Derecho internacional marítimo o la novísima del Derecho del mar se puede definir como «el conjunto de reglas que gobiernan la navegación marítima desde el punto de vista jurídico».

Amplio es el campo de actuación del Derecho marítimo, siendo 3 los grandes grupos de estudios jurídicos, a saber; a) Derecho comercial o mercantil marítimo; b) Derecho administrativo marítimo, y en este podríamos incluir el Penal marítimo y c) el Derecho internacional público marítimo que se puede definir, según J. L. de Azcárraga y Bustamante, catedrático de Derecho internacional y ministro togado de la Armada, como «conjunto de leyes, reglamentos y usos observados en la navegación, en el comercio por el mar y en las relaciones, pacíficas o bélicas, entre los Estados marítimos, y entre estos y los que carecen de acceso a la mar».

Grandes son los conceptos que en este campo debemos de estudiar, tales como espacios acuáticos, aguas interiores, mar territorial, zona contigua, alta mar, zona económica exclusiva plataforma submarina y continental (todos ellos del medio marino). Habrá también significación importante para el derecho de paso inocente, piratería, derecho de captura, bloqueo marítimo, las presas marítimas, los bloqueos, derecho de asilo, etc.

Debo destacar en el campo del Derecho marítimo el satisfactorio trabajo desarrollado por el Tribunal Marítimo Central y los Juzgados Marítimos Permanentes precisamente ahora que se cumplen cincuenta años de la Ley 60/1992, sobre auxilio, asistencias y extracciones marítimas. Hoy precisamente en el Cuartel General de la Armada se ha celebrado un acto en conmemoración de los 50 Aniversario de la referida ley.

#### IV. CONCLUSIONES FINALES

El Derecho militar es un derecho vivo que se forma, evoluciona y se enriquece con la experiencia de la acción de los miembros de las Fuerzas Armadas. Es, además, un Derecho público extremadamente rico y variado porque abarca muchas disciplinas que poseen autonomía epistemológica: desde el Derecho penal hasta el Derecho administrativo, desde el Derecho internacional hasta el Derecho financiero. Incluso en la práctica, incide en el Derecho privado a través de la función de la Notaría militar (C. de Intervención).

No hay que extrañarse, por ello, que desde hace varios siglos los juristas militares hayan aportado grandes construcciones dogmáticas y finos análisis pegados a la casuística. Baste citar los trabajos desarrollados por la Escuela Militar de Estudios Jurídicos (EMEJ), que edita distintos libros, entre ellos varios cuadernos sobre Derecho militar.

No puedo terminar sin citar el brillante papel doctrinal que a lo largo de los últimos cincuenta años ha desarrollado la Revista de Derecho Militar próxima a cumplir su número 100.

Quiero hacer aquí también mención de las distintas Jornadas que sobre Derecho militar se han venido realizando a lo largo de estos últimos años por diversas Universidades españolas. En concreto este año he participado en las Jornadas de Derecho militar organizadas por el MALOG y la Facultad de Derecho de la Universidad Granada y muy recientemente las organizadas sobre los aspectos jurídicos en las misiones internacionales llevadas a cabo por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Y termino, tal como empecé, es decir, dando las gracias a la Real Academia por la oportunidad que me ha brindado de poderme dirigir a tan distinguido y valioso auditorio, con el honor que ello significa para mí, y solicitando la creación de la Sección de Derecho Militar en esta docta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.



## LAS ARMAS Y LAS LETRAS

Conferencia pronunciada por  
D. Eduardo Serra Rexach en la  
Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación, el día 5 de  
noviembre de 2013.

Deseo que mis primeras palabras sean de agradecimiento: en primer lugar a esta docta casa por su amable invitación que personalizo en mi querido compañero el académico D. Luis María Cazorla Prieto; en segundo lugar al ministro de Defensa, D. Pedro Morenés, porque haya hecho un hueco en su apretada agenda para venir aquí; y en tercer lugar a todos ustedes por su presencia.

También quiero decir que para mí constituye un honor inaugurar esta Sección de Derecho Militar que hoy abre sus puertas en la Academia.

Asimismo debo hacer una advertencia previa: aunque he pronunciado conferencias en distintas Reales Academias (Historia, Ciencias Morales y Políticas, etc.), no solo no soy académico sino que mi vida profesional, aunque nunca he abandonado la reflexión, ha sido más una vida de acción y de gestión. Con todo, me ha deparado numerosas y grandes satisfacciones, en concreto mi paso por el Ministerio de

Defensa donde he conocido a personas dignas de los inolvidables versos de Calderón:

*... si es honrado,  
pobre y desnudo un soldado  
tiene mayor calidad  
que el más galán y lucido;  
porque aquí a lo que sospecho,  
no adorna el vestido al pecho,  
que el pecho adorna al vestido.*

También mi larga estancia en aquella casa (casi 10 años) me ha permitido conocer en toda su dimensión la verdadera e insustituible función social de las Fuerzas Armadas, en unos tiempos en que la sociedad española está ayuna de una verdadera cultura de Defensa.

Solo el romper una lanza a favor de esta cultura, justificaría mi intervención de esta tarde.

Por lo demás no esperen de mí una lección magistral sino muy al contrario una serie de reflexiones sobre las «Armas y las Letras», tema tan amplio como antiguo. Es preciso comenzar con una «delimitación conceptual»: el concepto de «Armas» tiene muy distintos significados, desde el más estricto del conjunto de **útiles**, aparatos, ingenios y sistemas adecuados para defenderse o hacer la guerra, hasta el más amplio equivalente a la profesión de la milicia («hombre de armas»); los militares, entendidos estos en su sentido más lato como personas legitimadas para hacer uso de la fuerza.

Por su parte las «Letras» también es un vocablo polivalente que acepta diversos sentidos que, de menor a mayor ámbito, podríamos resumir así:

- El más estricto sería el de persona capacitada para interpretar y aplicar las leyes ante los Tribunales; en este sentido es en el que se usa el vocablo «letrado», correspondiente al término jurisperito. El propio Cervantes dentro del famoso discurso de «Las Armas y las Letras» se refiere a este sentido estricto, al entender que el fin de las letras es la consecución de la justicia.
- En un sentido más amplio, el vocablo «Letras» puede equipararse a Humanidades, sería el contrapunto a las «Ciencias» tal y como establecían nuestros antiguos Planes de Bachillerato.
- Más amplio todavía es aquel sentido que hace a las «Letras» sinónimo de «Cultura», que puede entenderse como el conjunto de saberes y artes que ha permitido al hombre en todo su recorrido histórico la progresiva adaptación al medio ambiente. Incluso comprende, en algunos casos,



los aspectos materiales de esta adaptación (tecnología), así lo hace el profesor Juan Díez Nicolás utilizando el marco teórico del llamado «ecosistema social».

No es de extrañar por tanto y en conclusión, que teniendo en cuenta el amplio sentido en el que pueden entenderse tanto las «Armas» como las «Letras», sean múltiples «las relaciones» que entre ambas puedan establecerse. De esta pluralidad de relaciones pueden distinguirse las instrumentales de las esenciales.

Empecemos con las primeras, es decir, aquellas en las que bien las «Armas» bien las «Letras» son un medio al servicio de la otra. Un ejemplo lo tenemos cuando se considera el cuartel como escuela de ciudadanía (no deberíamos olvidar la inmensa labor de nuestros ejércitos desde la instauración del Servicio Militar Obligatorio, proporcionando la alfabetización básica, las primeras letras, a multitud de reclutas) y en general la «Enseñanza militar» en todas sus ramas: así en la Física con la Mecánica, la Electrónica y la Energía Nuclear; análogamente en la Química con los explosivos y, en términos más generales, con el conjunto de enseñanzas que se imparten en los centros militares y que constituyen parte de la Cultura en el sentido amplio en el que hablábamos y que, justo es subrayar, comprende no solo materias de instrucción sino lo que es, a mi juicio, más importante: un conjunto de valores, principios y actitudes que siendo tradicionalmente cultivadas por la milicia, deberían, también a mi juicio, ser extensibles a la población civil. Esta educación en valores, principios y actitudes está compendiada en modo inmarcesible en los versos que Calderón les dedica en la obra *«Para vencer amor, querer vencerle»*:

«Aquí la más principal  
hazaña es obedecer,  
y el modo como ha de ser  
es ni perder ni rehusar.  
Aquí, en fin, la cortesía,  
el buen trato, la verdad,  
la fineza, la lealtad,  
el honor, la bizarría;  
el crédito, la opinión,  
la constancia, la paciencia,  
la humildad y la obediencia,  
fama, honor y vida son,  
caudal de pobres soldados;  
que en buena o mala fortuna,  
la milicia no es más que una  
religión de hombres honrados».

No vendría mal, repito, que estas cualidades impregnaran todo el tejido social y no solo al estamento militar.

La importancia de esta formación militar que debemos llamar sin ambages «humanista» constituye un indicio, más que importante, de que la relación entre ambas no puede ser de oposición sino por el contrario de colaboración o complementariedad.

Pero con todo, a mi juicio y especialmente en esta Casa, la más importante relación instrumental entre las armas y las letras es la del «Derecho Militar». Es esta una rama del Derecho singularmente poco conocida (anecdóticamente en el interminable programa de las oposiciones de abogado del Estado, uno de los más completos que existen y en el que figura incluso el Derecho canónico, no se dice nada del Derecho militar, o al menos no se decía en el de mi tiempo), por eso creo que es un acierto muy grande inaugurar en esta Academia la Sección de Derecho Militar. Conceptos como el de «cadena de mando militar» o como la especialísima relación de sujeción que une a los militares con los Ejércitos y, en definitiva, con la Administración, no son conocidas como debieran serlo. En este punto, el Derecho es un medio, un instrumento para las Armas pero también un límite para el mando militar.

Para terminar el campo de las relaciones instrumentales debemos hablar de una de estas relaciones en que las armas, en sentido amplio (como sinónimo de fuerza), son utilizadas por el Derecho. Me refiero «al carácter coactivo de las leyes»: lo que distingue al ordenamiento jurídico de cualquier otro conjunto normativo es el de ser susceptible de ser impuesto coactivamente, una vez más se comprueba el carácter de complementariedad que une armas y letras. Pero vayamos al meollo de la cuestión, las relaciones «esenciales» entre las «Armas» y las «Letras». En el fondo se trata de saber si es una relación de oposición o no; y, en el caso de que lo sea, cuál de ellas debe primar. En los tiempos actuales y en España, parece una pregunta ociosa; no solo para la inmensa mayoría de la población las «Letras» son, desde luego, superiores a las «Armas» y deben primar siempre en caso de conflicto ante ellas, sino que también para una mayoría social las «Armas» son innecesarias (lo que no deja de ser lógico si tenemos en cuenta el hecho de que para el 58% no existe ningún país que sea una amenaza para España). Como premonitoriamente diría Ortega, asistimos desde hace tiempo («desde hace un siglo» decía él; hoy hace ya dos) a un «desprestigio de la fuerza».

Señores académicos, estamos descuidando la paz; no es necesario subrayar la gravedad del asunto.

Desde luego no ha sido así a lo largo de la Historia. Lo primero que sorprende es la comunidad de origen que hermana las armas y las letras (el coronel y académico José Miranda Calvo habla de «entramado íntimo») y que se encuentra en la Literatura Épica; en el caso español baste citar los poemas del

Mío Cid, Roncesvalles y Los Infantes de Lara, para darnos cuenta de este origen común que constituye un segundo indicio (o quizás más que indicio) de que la relación esencial entre «Armas y Letras» no puede ser de oposición.

Aún más sorprende la extraordinaria cantidad y calidad de cultivadores de ambas, de escritores soldados o soldados escritores, de personas que tomaron «ora la espada, ora la pluma», ya desde la Antigüedad clásica: así Tucídides y Jenofonte en Grecia u Horacio y el propio Julio César en Roma. También en España son innumerables y muy notables los casos: así el conde don Juan Manuel, el marqués de Santillana, Ausias March, Jorge Manrique, Juan Boscán, Garcilaso de la Vega, y un largo etcétera, que tomaron las armas en los avatares de la Reconquista y también con ocasión de disputas dinásticas. Pero no fue solo la Reconquista la que permitió o fomentó el doble oficio. Más tarde, con el Imperio, aparecen casos como el de Hernán Cortés, Alonso de Ercilla o Bernal Días del Castillo por citar solo los más sobresalientes.

Así llegamos al Siglo de Oro en el que aparece la triada gloriosa de escritores soldados: Lope de Vega, Calderón de la Barca y Miguel de Cervantes. Recuerdo a este respecto que, en mis años del Ministerio, publicamos de acuerdo con la Biblioteca Nacional y editado por Víctor García de la Concha, el libro: «Armas y Letras en el Siglo de Oro Español» en el que figuran poemas de hasta treinta autores. Con ello se da una idea de la gran cantidad de escritores que también fueron soldados en dicho siglo.

Pero aún hay más, se dice –y con insistencia– que la Cultura (las letras) es el mejor equipaje para ser un buen soldado; así lo afirma Azaña según nos cuenta el profesor Manuel Aragón. El propio Cervantes así lo creía: «no hay mejores soldados que los que se trasplantan de la tierra de los estudios en los campos de guerra; y ninguno salió de estudiante para soldado que no lo fuese por extremo; porque cuando se avienen y se juntan las fuerzas con el ingenio y el ingenio con las fuerzas, hacen un componente milagroso en quien Marte se alegra, la paz se sustenta y la república se engrandece».

Tenemos así no ya otro indicio sino una prueba, a mi juicio irrefutable, de que la relación entre las armas y las letras no puede ser sino de complementariedad y colaboración y no de oposición o contradicción.

Este entrelazamiento entre la espada y la pluma es Cervantes quien mejor lo encarna pues toda su literatura está empapada de vivencias castrenses. El mismo lo reconoce al decir «... yo, señores, soy un hombre curioso; sobre la mitad de mi alma predomina Marte y sobre la otra mitad Mercurio y Apolo; algunos años me he dado al ejercicio de la guerra y algunos otros, los más maduros, al de las letras». Cuando D. Miguel se interroga sobre la relación entre ambas surge el «Discurso de las Armas y las Letras» de donde he tomado prestado el título de esta conferencia.

Al comienzo Cervantes parece plantearlo como oposición entre ambas «quítenseme delante los que dijeren que las letras hacen ventaja a las armas» y ello por diversas razones:

- a. Aunque «Los trabajos del espíritu exceden a los del cuerpo» debe reconocerse que la profesión de las Armas exige ejercitar no solo el cuerpo sino también el espíritu (es obvio que la virtud de la fortaleza no equivale a la de la fuerza). A nadie se le oculta que la defensa de una ciudad sitiada, el diseño de cualquier tipo de estrategia, el averiguar las intenciones del enemigo o la prevención de daños, son funciones que requieren mucho más, sino exclusivamente, del espíritu que del cuerpo. Si eso era cierto en el siglo XVI, excuso decir en el mundo actual en el que la complejidad y sofisticación del armamento hacen casi innecesario el uso de la fuerza «bruta».
- b. Pero donde Cervantes hace radicar la distinción fundamental es en el fin («y paradero», como él dice) y objeto de cada una:
  - El fin de las letras es la justicia distributiva, lo que Ulpiano definía como «dar a cada uno lo suyo» o en términos más generales, interpretar y hacer cumplir las leyes. Es en este pasaje donde el término «Letras» podría utilizarse en su sentido más estricto (letrado equivalente a jurisperito) como decíamos al principio.
  - El fin de las armas es la paz («el mayor bien que los hombres pueden desear en esta vida»). Entiende Cervantes que para la vida social el fin más básico, en la medida en que es un pre-requisito para casi cualquier otro fin, es la paz. Este carácter básico (por estar en la base) se encuentra muy vivo en nuestra cultura, desde la religión («Paz en la Tierra a los hombres de buena voluntad») hasta en la convención social del saludo («la paz sea contigo»).

En conclusión Cervantes entiende que «la paz es el verdadero fin de la guerra» y que por tanto «hace ventaja al fin de las letras» reconociendo que el de estas es «generoso y alto y digno de alabanza».

- c. Respectiva necesidad (o indispensabilidad). Leemos a don Miguel: «dicen las letras que sin ellas no se podrían sustentar las armas porque la guerra también tiene sus leyes y está sujeta a ellas, y que las leyes caen debajo de los que son letras y letrados. A esto responden las armas que las leyes no se podrán sustentar sin ellas, porque con las armas se defienden las repúblicas, se conservan los reinos, se guardan las ciudades, se aseguran los caminos, se despejan los mares de corsarios y, finalmente, si por ellas no fuese, las repúblicas, los reinos, las monarquías, las ciudades, los caminos de mar y

tierra estarían sujetos al rigor y a la confusión que trae consigo la guerra el tiempo que dura y tiene licencia de usar de sus privilegios y de sus fuerzas». Este posicionamiento de Cervantes ha sido interpretado de diversos modos. Así Manuel Aragón entiende que esta contraposición es más aparente que real; piensa el magistrado que la tesis es más del Quijote que del propio Cervantes quien da esta opinión cuando se le está armando caballero, por lo que a su juicio es una opinión «extremosa». Por otro lado, piensa que la primacía o superioridad de las armas sobre las letras es coherente con aquellos tiempos, en lo que, por decirlo en frase fácil, la guerra estaba «a la orden del día». Aragón en definitiva piensa que cuando Cervantes dice que «la libertad es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos», está implícitamente reconociendo la superioridad de las letras.

Por su parte, el ya citado coronel Miranda Calvo opina muy atinadamente, a mi juicio, que la relación entre armas y letras es de armonía; cree que precisamente la vida de Cervantes es el mejor ejemplo de esta armonía, posible y necesaria, entre las armas y las letras. Al propio tiempo se queja de las actuales campañas para crear divergencias tratando de debilitar la conciencia, individual y colectiva, de Defensa que es –dice– la mayor garantía de la paz.

En mi opinión y para concluir el punto de las relaciones esenciales, la aparente relación de oposición cervantina, no es tal. A mi juicio, Cervantes quiere en primer lugar valorar en su justa medida el servicio de las «Armas» frente a la pretendida superioridad que argüían muchos hombres de letras; pero en el fondo, su concepto es de armonía, como demostró con su propia vida. Cuestión distinta es la «preeminencia» de una y otra y la cuestión es ciertamente compleja: la paz (fin de las armas) es un requisito *sine qua non* para que brillen la justicia y la libertad; pero una vez alcanzada la paz, el fin primordial de las repúblicas es otra vez la paz, la conservación de la paz. Sería parecido al caso de subir una escalera: para llegar al segundo tramo, el superior, el de los fines más valiosos, como la libertad y la justicia, es indispensable haber recorrido el primer tramo, cuyo fin es la paz. Una vez superado este los mayores esfuerzos deben consagrarse para no volver a caer en dicho primer tramo.

En el fondo, la relación entre ambas es similar a la que existe entre el Derecho constituyente originario y el Derecho constituido; este no puede existir sin aquel y aquel derecho se basa en un hecho de armas. El Derecho se constituye sobre la paz conseguida por la victoria.

En este contexto puedo relatarles una anécdota acaecida en mis tiempos de secretario de Estado de Defensa: acababa yo de responsabilizarme de las infraestructuras militares que hasta entonces estaban bajo la responsabilidad del jefe de Estado Mayor de la Defensa. Pedí a los jefes de Estado Mayor de los Ejércitos que me trajeran los inventarios de sus propiedades inmobiliarias con el fin de informatizarlas. Solicité al director general de Infraestructuras,

el inolvidable general Valentín Barriga Díaz, que me trajera un modelo de documento de cada inmueble en el que figurara también el título de adquisición (identificando cada uno con la letra inicial). Como ustedes saben señores académicos, los títulos de adquirir la propiedad están perfectamente tasados en el artículo 609 del Código Civil; cuando analicé el modelo vi que efectivamente estaban recogidos en él distintos modos de adquisición de la propiedad, como herencia (H), expropiación (E), permuta (P), etc.; algunos tenían la «V» que debía interpretarse como venta, pero en otros había la «C» y era evidente que existiendo aquella, no podía ser la compra (el contrato es de «compra-venta»). El modo de adquirir en cuestión no era «compra», era ¡«conquista»! Obviamente el modo de adquisición «conquista» no está recogido en el artículo 609. Pues bien, una tercera parte de los inmuebles del Ministerio de Defensa habían sido adquiridos por conquista, básicamente durante la Reconquista. Era un modo de adquirir que nunca puede existir en el Derecho constituido, pero sí en el Constituyente originario.

Encaja aquí la teoría organicista de Platón, luego trasplantada a la doctrina católica en la enumeración de las virtudes cardinales. Platón sostenía que la cabeza de la sociedad, en paralelo a la cabeza de la persona, estaba ocupada por los que tenían a su cuidado las letras (sabios, sacerdotes, etc.) y la virtud que les correspondía era la de la prudencia; a las armas (militares, policías) les correspondía el pecho y su virtud característica era la fortaleza; quedando para la tercera parte (productores: menestrales, artesanos), el vientre, y siendo su virtud la templanza. Concluía con la cuarta virtud, la justicia, que consistía en «*sum quique tribuere*», en dar a cada uno lo suyo, que es exactamente la definición ya citada de Ulpiano.

Todos deseamos la primacía de la ley y el derecho sobre la fuerza, pero no debemos olvidar que esta primacía solo es posible construirla sobre la paz que gozamos gracias a las armas. Repitamos con Cervantes: «... que cuando se juntan y avienen las fuerzas con el ingenio, hacen un compuesto milagroso con el que la paz se sustenta y la república se engrandece». No cabe aserto más categórico sobre la armonía que debe existir entre ambas.

Las consecuencias de esta relación de armonía, de este carácter coadyuvante y convergente de armas y letras, son de muy variada índole. A mi juicio, la principal es que no procede, en modo alguno, la contraposición civil-militar, contraposición que tanto nos ha perjudicado a los españoles en nuestra historia contemporánea. Como toda dicotomía, provoca enfrentamiento, en tanto que la pluralidad, como la unidad (recordemos el mote del escudo de los EE.UU.: «*E Pluribus Unum*»), predisponen a la cooperación. Deberíamos ser más conscientes de este principio elemental y tratar de huir de las dicotomías. Quizás el mejor ejemplo sea el de las dos Españas de las que hablaba Machado

y de la necesidad de la tercera (y en definitiva única) España. Del matrimonio hablaremos otro día.

Como consecuencia derivada de esa relación armónica que implica la integración plena de lo militar dentro del conjunto social, podemos concluir que es mucho más acertado, como se hizo ya algunos años, tener una Sala del Tribunal Supremo dedicada a «lo militar» que tener una institución independiente para los conflictos que surjan en esta jurisdicción como acontecía con la existencia del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Iniciada ya por la sociedad española la superación de la percepción negativa del militar o de lo militar (percepción propiciada a mi juicio por un sector minoritario aunque importante de la clase dirigente), procede ahora facilitar la culminación de la integración plena tanto de los militares como personas, a los que se les debe el más grande reconocimiento, aprecio y prestigio social (como sucede en otros países de nuestro entorno) por su plena predisposición a sacrificar sus propias vidas para salvar las de los demás como a la función social de la Defensa, a la que compete nada menos que velar por la propia subsistencia de la sociedad; de modo análogo a la función que realiza la Medicina respecto a los individuos: conservar su salud y por ende su vida. Por esta razón, son estériles las discusiones al uso sobre los presupuestos de Defensa tratando de contraponerlos con otras necesidades individuales (educación, salud, pensiones, etc.), pues lo individual y lo colectivo pertenecen a distintos planos y no deben contraponerse sino conjugarse.

Como decíamos, hoy en España la conciencia de Defensa se encuentra bajo mínimos, lo que constituye un importante «potenciador del riesgo» y no olvidemos que la conciencia de Defensa se encuentra íntimamente ligada al sentimiento de identidad nacional. Durante mi etapa ministerial publicamos un libro dirigido por el profesor Díez Nicolás que llevaba precisamente por título: «Identidad Nacional y Conciencia de Defensa» tratando de paliar esa grave deficiencia.

Las causas de haber llegado a esta situación son muy variadas, entre las que pueden entresacarse las siguientes:

- Llevar disfrutando en Europa Occidental del período de paz más largo desde el Imperio romano. Ello nos induce a pensar que la paz no está en peligro sino que es el estado natural de las cosas.
- Haber padecido en España en los últimos 200 años cuatro guerras civiles, la última de las cuales de una crueldad difícil de igualar. Ello nos hace mirar con horror a la guerra y todo cuanto con ella se relacione; dicho de otra manera, ese horror lleva a renunciar a priori al uso de la fuerza.
- La opinión pública percibe, como es natural, mucho mejor las carencias individuales que las sociales.

- Haber gozado en Europa y desde el fin de la Segunda Guerra Mundial del paraguas protector de los EE.UU. Si son ellos los que se encargan de la Defensa, es superfluo que lo hagamos también nosotros.
- No hay que olvidar la propaganda en desprestigio de la fuerza, de la que, como ya hemos dicho, nos advirtió Ortega y Gasset.

Esta necesidad imperiosa de recuperar la conciencia de Defensa hizo que durante el primer gobierno de José María Aznar se considerara como prioridad en la directiva de Defensa de diciembre de 1996, el acrecentamiento de la cultura de Defensa. Éramos partidarios del aserto orteguiano: «lo importante es que el pueblo advierta que el grado de percepción de su Ejército mide con pasmosa exactitud los quilates de la moralidad y vitalidad nacionales».

Señoras y señores académicos, debemos remediar esta situación y no se les ocultará que tanto el sistema educativo como los medios de comunicación social, deben ser las palancas adecuadas para conseguir tal fin; pero ello requeriría otra conferencia.

Termino esta expresando un deseo: que con esta Sección de Derecho Militar que hoy se inaugura, la milicia entre en esta docta Casa por la puerta que se merece: la Puerta Grande.



# DERECHO MILITAR Y CONSTITUCIÓN

Conferencia pronunciada  
por D. Ángel Luis Alonso de  
Antonio en la Real Academia de  
Jurisprudencia y Legislación, el  
día 12 de marzo de 2014.  
Profesor titular de Derecho  
Constitucional Universidad  
Complutense de Madrid.

## I. INTRODUCCIÓN

Las Fuerzas Armadas tienen una mención especial en la mayoría de las Constituciones del mundo<sup>1</sup>. España no es una excepción y, en consecuencia, desde el texto de 1812 hasta la actualidad el constituyente ha puesto especial énfasis en abordar el tema militar en las diversas Constituciones históricas españolas por aquello que apuntó en su momento el general Alejandro, en el sentido de que «si una Constitución es, en cierto modo, un compromiso entre los derechos de los individuos que componen una determinada unidad política y los poderes públicos que rigen esta comunidad, las Fuerzas Armadas, tanto como elemento componente de la unidad, como por sus relaciones con los órganos de poder, han tenido y tienen su función dentro de las leyes

---

<sup>1</sup> Puede verse una interesante síntesis en *Reconquista. Revista de pensamiento militar*, núm. 339 (3ª época), junio 1978, pp. 8-12.

constitucionales españolas»<sup>2</sup>. Más sintéticamente, Fernández Gálvez apunta que Ejército es una «colectividad numerosa organizada para la realización de un fin y por tanto su actuación vive jurídicamente dentro de esa enorme rama del Derecho político»<sup>3</sup>. Por eso nada mejor que combinar aquí y ahora estas dos realidades, la idea de Constitución y el concepto de Derecho militar. Se trata, por tanto, de analizar, siquiera sea brevemente y en algunos casos de forma casi telegráfica, la impronta que la Constitución ha desplegado sobre el Derecho militar, entendido como aquel Derecho sectorial integrado por un conjunto de normas jurídicas de diverso nivel que regulan el ejercicio de la actividad militar, sin perjuicio, lógicamente, de reconocer que en el ámbito de las Fuerzas Armadas se utilizan normas jurídicas de aplicación general como el Código Civil, la Ley 30/1992 o la más moderna Ley de Transparencia. La intervención trata, por tanto, de comprobar la influencia de la Constitución en el Derecho militar, especialmente en alguna de las normas más importantes que lo componen como son la Ley Orgánica de Defensa Nacional, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, la Ley de la Carrera Militar o la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Como punto de partida deben señalarse dos grandes ideas:

- La primera es que la Constitución prestó una atención especial al fenómeno militar, regulando con carácter general el tema de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar, en concreto en el artículo 8º, con lo que ello implica de reservarle un lugar destacado en cuanto ubicación constitucional<sup>4</sup> y dotarle además de una protección especial toda vez que su reforma ha de hacerse por el procedimiento agravado del artículo 168.
- La segunda es que la consideración inicial debe ser, como es lógico, que la Constitución condicionó desde el primer momento la regulación jurídica de las Fuerzas Armadas y el contenido del Derecho militar, y ello de dos formas. Por un lado, depurando como en las demás ramas del ordenamiento jurídico aquellas normas que contradijeran los preceptos constitucionales, por ejemplo las previsiones normativas que implicaran vulneración del principio de igualdad como la imposibilidad de acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas. De otra parte, interpretando las normas

2 ALEJANDRE SINTES, A., «Las Constituciones españolas y las Fuerzas Armadas», *Ejército. Revista de las Armas y Servicios*, núm. 453, octubre 1977, p. 17.

3 FERNÁNDEZ GÁLVEZ, C., «Las Fuerzas Armadas en el Derecho político», *Ejército. Revista de las Armas y Servicios*, núm. 456, enero 1978, p. 73.

4 En este sentido, para Fernández Segado «está fuera de toda duda que su art. 8º, lejos de situar a las Fuerzas Armadas en una posición ajena o extravagante a la misma, viene a insertarlas en el marco del Estado social y democrático de Derecho que la Norma suprema proclama...», FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 2004, p. 202.

de Derecho militar de conformidad con la Constitución en aquellos supuestos de duda y ello para preservar su vigencia y eliminar el riesgo de lagunas y por tanto de inseguridad jurídica.

## II. LA ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN. PARTE DOGMÁTICA Y PARTE ORGÁNICA

Entrando en el contenido de la intervención, para comprobar la influencia que sobre el Derecho militar despliega la Constitución, distinguiremos las dos grandes partes de la misma, la *parte dogmática* y la *parte orgánica*. A su vez, dentro de la primera diferenciaremos *principios y valores constitucionales* por un lado y *derechos y deberes* por otro.

### 1. PARTE DOGMÁTICA

#### 1.1. Principios y valores constitucionales

En cuanto a la *parte dogmática*, y concretamente en relación a *los principios y valores constitucionales*, ha de decirse como primera impresión que especialmente las normas aprobadas en los últimos años contienen una verdadera inflación de referencias sobre los grandes cimientos de la Constitución y la correlativa obligación de los militares de acatar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, premisas que se repiten con machacona insistencia en algunas normas.

Con un carácter general, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (RROO) inciden en lo apuntado cuando en su artículo 1 señalan que «definen los principios éticos y las reglas de comportamiento de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico», destacando después en el artículo 3 como primer deber del militar «la disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario» identificándole en «su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución...», referencia por lo demás aparecida ya en el texto original del artículo 4.1. Primera de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar (LCM) y recogida con posterioridad también en el artículo 6.1. Primera de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las FAS (LODD). Además, el primer deber de carácter general del militar será el de guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado (art. 4 RROO y art. 5 de la LODD) en tanto que la disciplina «tiene su expresión colectiva en el acatamiento de la Constitución...» (art. 8 RROO; art. 6.1. Octava LODD y primitivo art. 4.1. Séptima LCM).

En cuanto a la influencia de la Constitución en las normas de desarrollo en el ámbito militar en relación a los *principios y valores constitucionales*, el punto de partida en este orden es el artículo 2 LODN donde aparece recogida genéricamente la *finalidad de la política de defensa* que se concreta en «la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en esta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España».

De la mera lectura del citado artículo 2 se comprueba que la LODN tiene una dimensión constitucional clara y es que estamos ante una norma de desarrollo constitucional directo. En efecto, desde el punto de vista formal, la regulación de la Defensa Nacional se lleva a cabo a través de una ley orgánica en cumplimiento del artículo 8.2 CE («una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución»). Sin entrar aquí en detalles académicos merece la pena apuntar que tanto por la importancia de las materias que regulan como por el procedimiento especial de aprobación, modificación o derogación, se dice que las leyes orgánicas son *leyes cuasi constitucionales* y forman parte del *bloque de constitucionalidad*, es decir un conjunto de normas integrado fundamentalmente por la Constitución misma, los estatutos de autonomía y las leyes orgánicas. Por su naturaleza y procedimiento legislativo, la figura de la ley orgánica representa el propósito de que determinadas cuestiones gocen de una estabilidad que no las deje a merced de eventuales acuerdos de grupos minoritarios. La Defensa Nacional es una de esas cuestiones, con independencia de que su localización en la Constitución pueda ser objeto de discusión doctrinal respecto a la conveniencia de que aparezca en el Título Preliminar o bien hubiera sido más adecuado que todo lo relativo a las Fuerzas Armadas se recogiera en el Título IV, dedicado al Gobierno y la Administración. Ello hay que ponerlo en íntima relación con el debate doctrinal sobre la verdadera dimensión jurídica de las Fuerzas Armadas a la luz de la Constitución, esto es, si deben ser entendidas como institución, como estamento o como administración.

En el primer sentido, para Trillo-Figueroa, «las Fuerzas Armadas solo pueden considerarse unitariamente desde una perspectiva jurídica como una institución del Estado y en nuestro Derecho, de carácter constitucional»<sup>5</sup>, todo ello según el autor siguiendo las pautas y los requisitos exigidos por Hauriou

---

5 TRILLO-FIGUEROA, F., «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española. Esbozo de una construcción constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 12, noviembre-diciembre 1979, p. 113.

para que exista Institución, esto es, idea de la obra a realizar, que se sintetiza en nuestro caso en la Defensa Nacional, como misión institucional de las Fuerzas Armadas que aúna sus funciones; poder organizado, órganos que se integran en las distintas esferas del Estado, tanto en lo ejecutivo como en lo judicial; y las manifestaciones de comunión en la idea, que entraña la armonía de voluntades bajo la dirección de un jefe. Desde otro punto de vista, Sánchez Agesta<sup>6</sup> considera a las Fuerzas Armadas en la estructura misma del Estado como un «estamento que cumple una función esencial en relación al mismo y su soberanía y que se define y perfila por esa función que le da un carácter estamental», traducéndose para este autor en unas consecuencias que se reflejan en un estatuto especial de las Fuerzas Armadas que desde el punto de vista constitucional son las siguientes: inelegibilidad e incompatibilidad de los militares profesionales para el cargo de diputado o senador (art. 70.1.e); limitación o prohibición del ejercicio de libre sindicación (art. 28.1); ejercicio del derecho de petición individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica (art. 29.2); posibilidad de los Tribunales de Honor, prohibidos en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales (art. 26); existencia de una jurisdicción castrense en el ámbito estrictamente militar (art. 117.5); secreto de los archivos que afecten a la defensa y seguridad del Estado (art. 105.b); y competencia exclusiva del Estado en materia de Defensa y Fuerzas Armadas (art. 149.4<sup>a</sup>). Por último, la postura más generalizada en la doctrina es la de destacar el carácter de las Fuerzas Armadas como integrantes de la Administración. Así, López Ramón, a la vista de la falta de claridad de la Constitución sobre el particular, considera preciso «establecer una caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas rigurosa y coherente con el principio de subordinación militar. Sin deformar los datos constitucionales, esa caracterización rigurosa y coherente viene determinada por la tesis de que las Fuerzas Armadas son órganos de la Administración del Estado»<sup>7</sup>, caracterización que a su juicio tiene su punto de apoyo constitucional en el artículo 97 cuando dice que «el Gobierno dirige... la Administración civil y militar y la defensa del Estado». En esa misma línea pero aclarando la verdadera dimensión de las Fuerzas Armadas, Blanco Valdés entiende que del citado artículo y de las leyes que se han venido aprobando sobre defensa y organización militar «no puede quedar duda alguna no solo sobre la naturaleza administrativa de las Fuerzas Armadas, mencionadas expresamente como Administración militar en el citado artículo 97, sino sobre su posición claramente subordinada en toda la definición y dirección de las

6 SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 4ª ed., EDERSA, Madrid, 1985, p. 296.

7 LÓPEZ RAMÓN, F., *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 298.

políticas de defensa y militar, que corresponde exclusivamente a los máximos órganos políticos del Estado: el Gobierno y las Cortes en sus respectivos ámbitos competenciales»<sup>8</sup>. Desde una perspectiva con marcado carácter ecléctico, Fernández Segado sostiene que la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas se debió a un conjunto de circunstancias sin olvidar «una visión institucional de las Fuerzas Armadas, compatible con la articulación jurídica de las mismas como Administración militar en el marco de la estructura estatal, al visualizar socialmente a las Fuerzas Armadas como una institución social perfectamente delimitada»<sup>9</sup>.

Resulta obvio que las Fuerzas Armadas forman parte de la Administración en cuanto estructura organizada de medios materiales y humanos dirigidos al cumplimiento de unas misiones específicas y exclusivas que se dirigen administrativamente desde un departamento ministerial específico como es el de Defensa, y que, por lo mismo, sus integrantes son funcionarios públicos. Ahora bien, hay que reconocer que se trata de una parcela administrativa muy singular y que sus integrantes no son unos funcionarios más de la Administración general del Estado. Recuérdese que su primer deber, como quedó expuesto con anterioridad, es «la disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario» (art. 3 RROO), conducta que no se exige de cualquier otro funcionario público. La razón es obvia, las Fuerzas Armadas son Administración pero sus integrantes están preparados para llevar a cabo unas misiones que garantizan la salvaguarda material del Estado y por ese motivo, aparte de posibles razones coyunturales, la regulación constitucional de las Fuerzas Armadas no se incluye en el Título relativo al Gobierno y la Administración sino en el Título Preliminar dedicándole por tanto un lugar de preeminencia en concordancia con el índole de misiones con las que están comprometidos.

En el aspecto material, también la Ley Orgánica de Defensa Nacional tiene un origen constitucional. El Título competencial que permite aprobarla es el artículo 149.1.4ª CE, es decir, la competencia exclusiva del Estado en materia de Defensa Nacional y Fuerzas Armadas, todo ello en relación con el citado artículo 8.2 y el artículo 97 de la propia Constitución sobre competencias del Gobierno. Así se recuerda, en efecto, en la Disposición Final Segunda.<sup>1</sup> LODN pero no hubiera estado de más una mención más temprana de este tema en el texto de la ley orgánica. En este sentido era más explícita la Ley Orgánica de Criterios Básicos cuando en su artículo 1.2 establecía que «la Defensa Nacional y la organización de las Fuerzas Armadas son competencia exclusiva del Estado».

---

8 BLANCO VALDÉS, ROBERTO L., *La ordenación constitucional de la defensa*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1988, p. 69.

9 FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, p. 192.

A los efectos que aquí interesan, esto es la dimensión constitucional de la Ley Orgánica de Defensa Nacional, hay que centrarse en la primera parte del artículo 2. Conviene recordar que constitucionalmente las misiones de las Fuerzas Armadas consisten en «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional». Es decir, el artículo 2 LODN puede considerarse innecesario jurídicamente aunque pueda ser explicable desde un punto de vista simbólico. Hubiera sido suficiente vincular la finalidad de la política de defensa a la protección de la sociedad española y su Constitución como realidad unitaria sin necesidad de diferenciar aspectos concretos. Eso es, por lo demás, lo que hace la directiva de Defensa Nacional de julio de 2012 cuando en su punto 2. Evolución del panorama estratégico y su repercusión para España, señala que «España debe, en consecuencia, garantizar la permanencia de los valores recogidos en la Constitución...». Más adelante, en su punto 4. Directrices a seguir en la presente legislatura, señala que son cometidos de la Defensa Nacional «la disuasión ante posibles amenazas a la soberanía e independencia nacional, la integridad territorial o el orden constitucional, así como la reacción a las agresiones contra estos valores y la protección permanente de los intereses nacionales». La estrategia de Seguridad Nacional de 2013 sigue la misma línea. Así, en el capítulo 1. Una visión integral de la Seguridad Nacional, se dice que «la Seguridad Nacional es la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos».

Se habla de valores superiores, principios e instituciones que se consagran en la Constitución.

En el punto concreto de los *valores superiores*, el artículo 1.1 CE se refiere a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico, que pueden definirse como referencias metajurídicas que utilizadas como criterios de interpretación del ordenamiento jurídico conforman las aspiraciones básicas del Estado democrático. Su naturaleza jurídica es discutida de modo que algunos autores defienden su carácter normativo (Peces-Barba, García de Enterría, Pérez Luño), hay posturas intermedias como la de Silvio Basile, y la más extrema, v. gr. Sánchez Agesta, que les priva del carácter normativo siendo para el último de los autores citados elemento de interpretación. En todo caso esos valores se concretan luego en principios y derechos en diferentes partes de la Constitución, siendo así que tienen de suyo cauces ordinarios (tribunales de justicia) y extraordinarios (Tribunal Constitucional mediante la resolución del recurso de amparo) de defensa en los que las Fuerzas Armadas no tienen un protagonismo estelar

pues incluso en el tema de la justicia la pervivencia de la jurisdicción militar no supone reconocimiento de una «justicia» singular sino que aquella, como tendremos ocasión de comprobar, se integra en la unidad del poder judicial reconocida en el artículo 117.5 CE. La referencia a los *principios constitucionales* merece la misma consideración crítica y algo parecido puede decirse respecto a las *instituciones*. La garantía del equilibrio de los poderes del Estado y el respeto a los mismos se encomienda al Parlamento a través del control político (controles interórganos diría Loewenstein), a los jueces mediante la sanción de los delitos cometidos contra las instituciones y sus integrantes, incluso al Tribunal Constitucional mediante la resolución de los conflictos de competencias y los conflictos entre órganos constitucionales. De nuevo la intervención concreta de las FAS en este orden es irrelevante.

En cuanto a la protección del *Estado social y democrático de Derecho* tampoco parece afortunada su mención expresa en el artículo de referencia. El *Estado de derecho* es la construcción racional del poder mediante la legitimación parlamentaria y el respeto a la personalidad de los ciudadanos. Sus grandes principios característicos son por tanto la división de poderes y el reconocimiento y protección de los derechos de los ciudadanos y la CE recoge en su artículo 9.3 principios jurídicos específicos (legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, etc.). La protección de estos principios y por tanto la defensa ordinaria del Estado de derecho se encomienda a figuras distintas de las Fuerzas Armadas cuya única virtualidad en este orden sería su actuación durante la vigencia del estado de sitio o en aplicación del artículo 155 CE, o su labor de cooperación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la lucha contra el terrorismo en genérica defensa de los derechos de los ciudadanos. Por lo que se refiere al *Estado democrático*, constituye el modelo de organización de la estructura política que descansa sobre el origen popular del poder y la participación de la sociedad en la vida pública. Por tanto, la determinación de la soberanía, el pluralismo social y especialmente la participación política de los ciudadanos son sus aspectos más destacados. Tampoco aquí las Fuerzas Armadas tienen un protagonismo determinante, limitándose poco más que al despliegue que se produce durante la celebración de algún proceso electoral para vigilar determinadas instalaciones de especial importancia. En relación al *Estado social*, significa la actividad positiva por parte de los órganos de poder que interviniendo directamente supone la dinamización y la homogeneidad social. Aquí sí puede destacarse alguna manifestación específica de actuación de las Fuerzas Armadas, en concreto relacionada con el medio ambiente. El ámbito de Defensa cuenta con una normativa propia en tal sentido, las Directivas del Ministro de Defensa 107/1997, de 2 de junio y 42/2010, de 12 de julio y la Instrucción del Secretario de Estado de Defensa 56/2011, de 3 de agosto. El ministerio se ocupa de la gestión medioambiental de determinados espacios



que tiene atribuidos como campos de maniobra e instrucción, e incluso al margen de actuaciones puntuales como la colaboración en la limpieza de costas en el caso del Prestige, determinadas unidades llevan a cabo acciones específicas. Así, el Regimiento de Pontoneros y Especialidades de Ingenieros nº 12 de Zaragoza colabora en la lucha contra el mejillón cebra que amenaza el ecosistema del río Ebro y el 42 Grupo de las Fuerzas Aéreas contribuye a la localización de grullas y avutardas marcadas con emisores de radio.

Junto a la idea del Estado social y democrático de Derecho como fórmula ideológica de la Constitución, debe hacerse mención a la *fórmula política* (art. 1.3 «la forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria») y a la *forma territorial* (art. 2 unidad y autonomía). En cuanto a la primera, se tendrá en consideración a la hora de abordar la parte orgánica de la Constitución y su incidencia en el Derecho militar. Por lo que se refiere al segundo punto, baste en este momento con señalar la obligación que se contiene en el artículo 30 RROO respecto al respeto y cortesía militar que los integrantes de las Fuerzas Armadas pondrán de manifiesto en sus relaciones con las autoridades de las comunidades autónomas.

## 1.2. Derechos y deberes

El segundo gran contenido de la *parte dogmática* de la Constitución se refiere a los *derechos y deberes*. Aquí la influencia constitucional en el tema que nos ocupa es especialmente intensa y presenta diversas situaciones:

- La propia Constitución en algunas ocasiones se refiere directamente a estos temas como cuando excluye el derecho de sindicación en relación con los militares (art. 28).
- En otros puntos se limita a diferir la regulación sobre el particular a la legislación ordinaria aplicable. Ello sucede con la posibilidad de establecer la pena de muerte en las leyes penales militares para tiempo de guerra (art. 15) y en cuanto al derecho de petición, que los militares solo podrán ejercer individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica (art. 29.2).
- En la mayoría de las veces la Constitución no se refiere de forma expresa a un tema referente a los derechos en relación al Derecho militar pero ello no significa que esa relación no se produzca y no esté garantizada. Piénsese, a modo de ejemplo:
  - a) En el *procedimiento del habeas corpus*. El artículo 17.4 no alude al ámbito militar pero la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, sí contempla la aplicación de este procedimiento en la jurisdicción militar (art. 2).

- b) Igualmente ocurre con el *procedimiento preferente y sumario para la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo 2º del Título I*, que en el caso de las Fuerzas Armadas viene establecido en los artículos 453 y 518 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.
- c) Con un carácter más general, lo propio sucede con la *tutela judicial efectiva* consagrada en el artículo 24, artículo que no contempla referencia alguna al fenómeno militar, algo que sí sucede con la LODN cuyo artículo 21.1 después de decir que la potestad disciplinaria corresponde a las autoridades y mandos establecidos en la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, concluye que ello es «sin perjuicio de la tutela jurisdiccional establecida en el artículo 24 de la Constitución».
- d) La *libertad religiosa* proclamada en el artículo 16 se desarrolla en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, y en su aplicación se aprobó en su momento el Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las FAS y se dictan normas para su desarrollo.
- e) El artículo 25.3 CE, relativo a *las sanciones*, que directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, en relación al artículo 17.1 fue interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que «se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la ley para la fijación de los supuestos» (STC 21/1981, de 15 de junio. FJ 8).
- f) En desarrollo del *artículo 116 CE*, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece la designación y competencias de la autoridad militar que, bajo la dirección del Gobierno, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que se refiera la declaración del estado de sitio.
- Mención especial merece el tema de los *Tribunales de Honor*, que la Constitución solo prohíbe en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales (art. 26). Sin embargo, el artículo 21.2 LODN también los prohíbe en el ámbito militar y la posibilidad de que se recuperen es remota porque colisionarían directamente con la Constitución al vulnerar diversos preceptos: el principio de igualdad ante la ley en lo relativo a la protección del honor; el principio de legalidad al no contemplarse *a priori* los hechos por los que se podría sancionar; los principios de derecho a juez predeterminado por la ley, asistencia jurídica y publicidad de las actuaciones; el principio de garantías procesales en cuanto a la inexistencia de recursos posteriores.
  - El tema del *derecho y el deber de los españoles de defender a España* (art. 30.1) ha sufrido una alteración normativa desde la suspensión del

- servicio militar a partir del 31 de diciembre de 2002 y la articulación de unas Fuerzas Armadas voluntarias y profesionales.
- Con un alcance general, *los derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas* se recogen en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, desarrollando la Constitución y prohibiendo el ejercicio de algunos Derechos constitucionales como el derecho a la huelga (art. 7.2).

## 2. PARTE ORGÁNICA

Por lo que se refiere a la *parte orgánica*, hay que recordar que según el artículo 1.3 CE «la forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria». Es decir, a la monarquía se la califica de «parlamentaria» lo que implica el último grado de su evolución y supone que el rey no conserva ningún poder de decisión política puesto que la dirección de los asuntos del Estado se transfiere al Parlamento y a través de este al Gobierno. Se trata, pues, de analizar el conjunto de órganos que constitucionalmente tienen competencias en materia militar, lo que la Ley Orgánica de Defensa Nacional denomina incorrectamente «poderes del Estado».

### 2.1. La Corona

El primero es la *Corona*. Ahora bien, la Corona no es un poder del Estado. La Corona es, de acuerdo con la Constitución, un órgano del Estado, concretamente el órgano que desempeña la jefatura del Estado, apareciendo desvinculado de cualquier órgano de poder. Según el artículo 3 LODN «corresponden al rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas y las demás funciones que en materia de defensa le confiere la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico». El mando supremo de las Fuerzas Armadas por el rey es un mandato constitucional (art. 62.h). Ahora bien, el tema está en precisar el alcance de ese «mando supremo». Aquí las posturas han sido diversas. Herrero de Miñón defendió en su momento que significaba mando efectivo<sup>10</sup>. Otros autores, como Lafuente Balle matizaban esa interpretación<sup>11</sup> y la postura más generalizada y por la que nosotros hemos apostado siempre<sup>12</sup>, es la de defender que solo implica un mando simbólico.

10 HERRERO DE MIÑÓN, M., «El Rey y las Fuerzas Armadas», *Revista de Derecho Político. UNED*, núm. 7, 1980, p. 51.

11 LAFUENTE BALLE, J.M., *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, EDERSA, Madrid, 1987.

12 ALONSO DE ANTONIO, A.L., «El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1978», *Jornadas de Estudio del Título Preliminar de la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Vol. II, Madrid, 1988, pp. 1505-1556. La misma tesis en BLANCO VALDÉS, ROBERTO L., *op. cit.*, p. 133; LÓPEZ RAMÓN, F., *op. cit.*, p. 360 y FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, p. 202.

## 2.2. El Poder Ejecutivo

En segundo lugar, hay que referirse al *poder ejecutivo*. Aquí es donde radica realmente la dirección política de las Fuerzas Armadas. Ello hay que ponerlo en íntima relación con el carácter expansivo de las atribuciones gubernamentales característico del constitucionalismo contemporáneo. En nuestro caso, aunque se trata de un sistema parlamentario y el centro de la organización de los poderes es teóricamente el Parlamento, no es menos cierto que el grueso de las decisiones políticas fundamentales radica en el poder ejecutivo que goza de la confianza parlamentaria prestada en origen a su presidente en el Congreso de los Diputados. No en vano, el artículo 97 CE dice, entre otras cosas, que el Gobierno dirige la Administración militar y la defensa del Estado, todo ello en relación con el ya citado artículo 149.1.4ª CE que establece la competencia exclusiva del Estado sobre Defensa y Fuerzas Armadas. En aplicación de estas reglas, el artículo 5 LODN señala que «corresponde al Gobierno determinar la política de Defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración militar y acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional». La última referencia es una novedad en nuestro ordenamiento toda vez que en el momento de redactarse la Constitución no se tenía en mente la importancia de la labor exterior de nuestras Fuerzas Armadas debido, entre otros factores, a que en ese momento España no pertenecía ni a la CEE ni a la OTAN y todavía no se había producido su participación en misiones amparadas por la ONU. Hoy es un aspecto fundamental que ha marcado en gran parte la elaboración de la Ley Orgánica de Defensa Nacional. Cuestión distinta es si esta alusión en el artículo de referencia es adecuada o no. En este sentido la diputada del PNV Uría Etxebarria apostó por su supresión porque en su opinión «corresponde a las Cortes Generales, decisión además que no se vincula al Gobierno si atendemos a la dicción del artículo 63 de la Constitución, sino que únicamente corresponde a las Cortes Generales a través del rey. Es una de las atribuciones que el rey tiene encomendadas»<sup>13</sup>.

La Constitución habla del Gobierno, al igual que la Ley Orgánica de Defensa Nacional. Ambos textos se refieren a un órgano colegiado que delibera y toma acuerdos colectivamente, de donde se deriva la *responsabilidad solidaria del Gobierno* ante el Congreso de los Diputados que señala el artículo 108 CE siguiendo una tradición del Derecho inglés. Se busca con este principio de colegialidad fortalecer la unidad de acción del Gobierno apareciendo este como un todo coherente sin fisuras que puedan ser aprovechadas por la oposición en el Parlamento.

---

13 DSCD, núm. 13 Comisión Defensa 28 junio 2005, p. 6.

Lo anterior es compatible con el *principio de dirección* que supone la posición de preeminencia del presidente del Gobierno en relación con el resto de miembros del Gobierno. El presidente del Gobierno dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo (art. 98.2 CE). En la materia que nos ocupa y por su importancia ya el artículo 2.2.f) de la Ley del Gobierno establece que corresponde al presidente del Gobierno «dirigir la política de Defensa y ejercer respecto de las Fuerzas Armadas las funciones previstas en la legislación reguladora de la Defensa Nacional y de la organización militar». El desarrollo de estas previsiones se contiene en el artículo 6 LODN. En su virtud, con carácter general, al presidente del Gobierno corresponde «la dirección de la política de Defensa y la determinación de sus objetivos, la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la Defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza» (párr. 1), ejerciendo su autoridad «para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas así como disponer su empleo» (párr. 2) y de manera específica le corresponde, según el párrafo 3, una serie de competencias como formular la directiva de Defensa Nacional u ordenar las misiones de las Fuerzas Armadas, entre otras. La posición constitucional del presidente del Gobierno hace que este sea, como hemos visto, el auténtico «comandante en jefe» de las Fuerzas Armadas desde el punto de vista político, produciéndose en este orden lo que López Ramón denomina «constante proceso de robustecimiento»<sup>14</sup> del papel del presidente de Gobierno.

El último órgano a resaltar es el ministro de Defensa. Aquí nos encontramos con una doble circunstancia. Por una parte, sus atribuciones son propias y atribuidas directamente por el artículo 7 LODN, es decir, no las recibe por delegación del presidente del Gobierno como sucedía en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Criterios Básicos. De esta manera la posición del ministro gana peso específico y por ello se ha dicho que es una «figura reforzada»<sup>15</sup>. Estamos en presencia, pues, del *principio de competencia y responsabilidad individual de los miembros del ejecutivo*. Pero por otro lado, esas facultades del presidente del Gobierno que antes ejecutaba el ministro por delegación ya no le corresponden siendo por tanto el presidente, como se dijo, el auténtico eje de la política de Defensa. Por eso, a la vista del Proyecto de ley, Arteaga echaba de menos el reconocimiento de la antigua competencia del ministro de Defensa en lo relativo al planeamiento y elaboración de los objetivos y estrategias de la Defensa, así como la presentación de propuestas al Gobierno<sup>16</sup>

14 LÓPEZ RAMÓN, F., «La evolución democrática de la Defensa Nacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, mayo-agosto 2007, p. 34.

15 MIGUEL ÁNGEL AGUILAR, «La Ley de Bono/3», *El País*, 12 de abril de 2005, p. 27.

16 ARTEAGA, F., «La Ley Orgánica de Defensa Nacional: apuntes para un debate», *Real Instituto Elcano*, 22 de abril de 2005, p. 3.

y López Ramón, al compararle con el creciente significado del presidente del Gobierno en estas cuestiones, entiende que «las atribuciones del ministro de Defensa no han experimentado un paralelo proceso de constante ampliación legal»<sup>17</sup>. Al ministro corresponde, según el artículo 7.1 LODN, «además de las competencias que le asignan las leyes reguladoras del Gobierno y de la Administración General del Estado, el desarrollo y la ejecución de la política de Defensa». De forma específica le corresponde según el artículo 7.2, entre otras competencias, asistir al presidente del Gobierno en la dirección estratégica de las operaciones militares, dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas bajo la autoridad del presidente del Gobierno o determinar y ejecutar la política militar. En esta materia, como en el resto de los departamentos ministeriales, el ministro tiene la doble condición de miembro del Gobierno y de jefe superior de su Departamento, lo que supone labores de gobierno y de organización y dirección del ministerio.

### 2.3. El Poder Legislativo

En tercer lugar hay que referirse a las *Cortes Generales*. Lo que acaba de apuntarse respecto al ejecutivo no agota el contenido de la actuación del Gobierno en este tema puesto que hay completarlo con lo relativo al tercer órgano que tiene una intervención decisiva en materia de Defensa Nacional, las Cortes Generales. Más en concreto el punto clave en este orden es el relativo al control parlamentario sobre el Gobierno en materia militar y específicamente el aspecto de la autorización por el Parlamento para el envío de tropas al exterior, extremo este que se convirtió en el tema estrella de la Ley Orgánica de Defensa Nacional, el que más debates suscitó durante la elaboración del texto y el que rompió el consenso entre los dos grandes partidos en esta ley.

Con carácter general, las atribuciones de las Cortes Generales en materia de Defensa Nacional se recogen en el artículo 4.1 LODN, es decir, «a) otorgar las autorizaciones previas para prestar el consentimiento del Estado a obligarse por medio de los tratados y convenios internacionales, así como las restantes autorizaciones previstas en el artículo 94.1.b) de la Constitución; b) aprobar las leyes relativas a la Defensa y los créditos presupuestarios correspondientes; c) debatir las líneas generales de la política de Defensa. A estos efectos, el Gobierno presentará las iniciativas correspondientes, singularmente los planes de reclutamiento y modernización; d) controlar la acción del Gobierno en materia de Defensa; y e) acordar la autorización a que se refiere el artículo 63.3 de la Constitución». Como puede verse no se hace más que aplicar al tema de

---

17 LÓPEZ RAMÓN, F., «La evolución democrática de la defensa nacional», *op. cit.* p. 35.

la Defensa las funciones legislativas, presupuestarias y de control de las Cortes Generales. Hay que señalar la deficiente redacción del apartado a) porque se refiere al artículo 94.1.b) CE (previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios de carácter militar) como algo diferenciado de la primera parte de dicho apartado, siendo así que hubiera bastado una referencia única a esos tratados o convenios de carácter militar sin hacer alusión a la necesaria autorización previa en los restantes tratados o convenios de otra naturaleza<sup>18</sup>. Más destacado es el párrafo 2 del mismo artículo 4 por el que «en particular, al Congreso de los Diputados le corresponde autorizar, con carácter previo, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en esta ley», en concreto en el artículo 17, 1. Para ordenar operaciones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la Defensa de España o del interés nacional, el Gobierno realizará una consulta previa y recabará la autorización del Congreso de los Diputados. 2. En las misiones en el exterior que, de acuerdo con compromisos internacionales, requieran una respuesta rápida o inmediata a determinadas situaciones, los trámites de consulta previa y autorización se realizarán mediante procedimientos de urgencia que permitan cumplir con dichos compromisos. 3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, cuando por razones de máxima urgencia no fuera posible realizar la consulta previa, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados lo antes posible la decisión que haya adoptado para la ratificación, en su caso. Estamos en el núcleo básico de esta ley orgánica, el que se refiere a las relaciones Gobierno-Cortes en materia de Defensa y más en concreto en situaciones de crisis especialmente cuando surge la necesidad del envío de tropas al exterior. A la vista de la nueva situación internacional derivada de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el profesor Vergottini apuntaba que «en los ejemplos de los ordenamientos con separación de poderes, de los cuales nos ocupamos, y que forman parte de las formas de gobierno presidencial, semipresidencial y parlamentaria, la alternativa tradicional coincidente es la de la preeminencia entre los parlamentos o la preeminencia de los gobiernos, pero resulta indiscutible que por su naturaleza las decisiones que involucran al valor externo de la seguridad tienden casi en su totalidad a favorecer con preferencia al órgano decisorial con composición restringida, es decir, el Gobierno»<sup>19</sup>. Nuestra regulación matiza esa perspectiva porque otorga un protagonismo clave a la institución parlamentaria.

---

18 En el mismo sentido, la intervención de la diputada del PNV URÍA ETXEBARRÍA. DSCD, núm. 13, Comisión Defensa 28 junio 2005, p. 6.

19 VERGOTTINI, GIUSEPPE DE, «Nuevos aspectos de la guerra y relaciones entre el Parlamento y el Gobierno», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 6, 2002, p. 554.

## 2.4. La jurisdicción militar

Por último, el tema siempre debatido de la *jurisdicción militar*. La Constitución la reconoce en el artículo 117.5, partiendo del principio de unidad jurisdiccional, previsión interpretada por Fernández Segado en el sentido de que «se trata... de que no exista ni una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la jurisdicción ordinaria»<sup>20</sup>. Por eso el artículo 14 LODN se dedica a la jurisdicción militar diciendo que «los órganos de la jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de unidad jurisdiccional y administran justicia en el ámbito estrictamente castrense y, en su caso, en las materias que establezca la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la Constitución y lo dispuesto en las leyes penales, procesales y disciplinarias militares». El artículo es desarrollo del artículo 117.5 CE según el cual «la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución». Puede decirse como dato inicial que esta jurisdicción es hoy una mera jurisdicción especializada más sin alcanzar una existencia independiente porque hay que partir de la justicia como realidad única. Ello no debe hacer olvidar su carácter peculiar por el marco en que se desarrolla y cuya defensa, no siempre pacífica, como veremos, ha sido articulada, v. gr. por Casado Burbano sobre diversos argumentos<sup>21</sup>: asegurar un mejor conocimiento y valoración de los hechos por el juzgador; las muy especiales circunstancias en que se desarrolla la vida militar; la especial importancia de los intereses ofendidos, cuya protección requiere una respuesta rápida y ejemplar; la imperiosa necesidad de mantener la disciplina; la necesidad de dotar a las Fuerzas Armadas de unos medios específicos de autodefensa; mantener la intimidad y el secreto de muchos aspectos de la vida militar; y disponer, en tiempo de paz, de un núcleo de organización judicial militar que, en caso de guerra, pueda extenderse a campos más vastos. Más escuetamente, para el Tribunal Constitucional las peculiaridades del Derecho penal y procesal militar son el resultado «de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución en el artículo 8 de la Constitución» (STC 180/1985, de 19 de diciembre. FJ 2).

En cualquier caso, en cuanto al carácter de esta jurisdicción, por más que el Tribunal Constitucional haya interpretado el artículo 117.5 CE en el sentido de que la jurisdicción militar «es de carácter especial» (STC 75/1982, de 13 de diciembre. FJ 4), su reconocimiento constitucional en el Título VI («del poder

20 FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, pág. 208. Del mismo autor, *vid.* «La reforma del ámbito competencial de la jurisdicción militar», *Cuadernos de Estrategia*, núm. 50, 1992, pp. 19-87.

21 CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, EDERSA, Madrid, 1986, p. 82.



judicial») indica ya su verdadera naturaleza como jurisdicción especializada, integrada en el único poder judicial del Estado, como se encarga de aclarar de forma expresa el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar.

El ámbito de aplicación de esta jurisdicción es, como se vio, el estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio (art. 117.5 CE). El Tribunal Constitucional ha limitado ese espacio «en el sentido de que *“ratione loci”* la jurisdicción militar no es competente más que cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar para cuya tutela se extiende precisamente aquella jurisdicción a los procedimientos que se sigan “contra cualquier personal” sea militar o paisano. La extensión de la jurisdicción militar a estos casos se explica por cuanto la lesión de esos bienes jurídicos puedan afectar a la Defensa Nacional encomendada a las Fuerzas Armadas; y ha de entenderse siempre, con arreglo al citado artículo 117.5 de la Constitución que queda restringida a los casos en que existan esos motivos» (STC 75/1982, de 13 de diciembre. FJ 4), no bastando «para la atribución de una causa a la jurisdicción militar la simple invocación de que haya motivos que la justifiquen sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen» (*ibídem*).

La jurisdicción militar no es algo comúnmente admitido. Durante la elaboración de la ley se alzaron voces pidiendo su desaparición tanto desde la sede parlamentaria, por ejemplo Izquierda Unida<sup>22</sup>, como desde la sociedad civil. Así, el Manifiesto de Justicia y Paz de mayo de 2005 en el que se hablaba de «anacronismo que hace falta abolir, al menos en tiempo de paz, puesto que no ofrece las suficientes garantías para los acusados y no respeta los principios de independencia e imparcialidad judicial establecidos en la Constitución, adeudado principalmente a sus mecanismos de designación de jueces dentro del ámbito militar». Sea como fuere, la jurisdicción militar está recogida en la Constitución como integrante del único poder judicial del Estado y la LODN no hace más que reconocer esa realidad.

### III. CONCLUSIÓN

De lo que se ha expuesto hasta ahora se desprende como conclusión básica que el constituyente de 1978 tuvo muy en cuenta el fenómeno militar al redactar el texto, si bien puede dudarse que alguna de sus previsiones fueran las más acertadas pues se utilizan expresiones susceptibles de interpretaciones diversas que han dado lugar a teorías poco acordes con el espíritu del propio texto constitucional. Del mismo modo, la legislación de desarrollo de tales preceptos constitucionales tampoco ha sido en todos los casos un ejemplo

---

22 V. gr. LLAMAZARES. DSCD, núm. 13 Comisión Defensa 28 junio 2005, p. 4.

de finura jurídica. Todo ello no obstante, hay que apuntar la íntima relación entre Constitución y Derecho militar, el sometimiento pleno de este a la norma suprema, el acatamiento que el militar ha demostrado durante todos estos años a la Constitución, a lo que significa y al diseño que establece de un nuevo modelo de organización política. Ello, sin duda, es garantía de pervivencia del sistema político y en definitiva de la propia Nación española.

# PIRATERÍA Y PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA SEGURIDAD MARÍTIMA EN EL SIGLO XXI

Conferencia pronunciada por  
D. Fernando Marín Castán en la  
Real Academia de Jurisprudencia y  
Legislación, el 1 de julio de 2014.

Doctor en Derecho.  
Fiscal togado de la Sala de lo  
Militar del Tribunal Supremo.

## I. PRESENTACIÓN

Constituye para mí un honor poder pronunciar por primera vez una conferencia en esta querida y admirada Institución a la que pertenezco desde hace unos treinta años, en la Real Academia de Legislación y de la Ciencia de lo Justo y de lo Injusto.

Traemos hoy a esta Sección de Derecho Militar una figura, la de la piratería marítima, que, sin embargo, no constituye propiamente una especialidad del Derecho militar, pero sí es objeto del trabajo diario de los miembros del Cuerpo Jurídico, básicamente de los de la Armada y del EMAD. Desde el punto de vista dogmático, la piratería se ubica, principalmente, entre los graves delitos contra el Derecho de gentes. Su tipificación se encuentra en el Derecho Internacional del Mar para tiempo de paz y, a nivel de legislación interna, en el Código Penal común. Su prevención y represión se encomienda a los buques

de guerra y las aeronaves militares, mientras que su enjuiciamiento se realiza por órganos judiciales comunes.

La piratería se coloca, por tanto, en una zona de intersección entre lo civil y lo militar, donde la colaboración entre ambos estamentos resulta esencial.

La piratería ocupa un lugar tristemente destacado entre las amenazas contra la seguridad marítima –entendida esta como la premisa o *conditio sine qua non* para que puedan desarrollarse sobre la mar las actividades lícitas conforme al Derecho Internacional Marítimo<sup>1</sup>–. Durante mucho tiempo este triste lugar lo ocupó prácticamente en exclusiva. Hoy en día lo hace junto con otros delitos, en ocasiones conexos, como son el terrorismo o los tráfico ilícitos de personas, estupefacientes y armas.

El delito de piratería constituye el más antiguo y genuino delito contra la navegación marítima del que se tiene referencia<sup>2</sup>, por lo que no resulta extraño que pronto adquiriera una dimensión internacional y haya sido en relación con dicho delito donde la Comunidad Internacional ha realizado el mayor avance, al menos en el plano teórico, en orden a posibilitar su persecución universal.

A lo largo de la historia han variado los métodos y manifestaciones de la piratería pero no su esencia: el atentado que representa contra un buque o aeronave –o contra las personas o cosas que se hallaren a bordo–, impidiéndole el legítimo ejercicio de los derechos reconocidos por el Derecho Internacional del Mar.

Ya Cicerón describió al pirata como enemigo de toda la Comunidad (*communis hostis omnium*), conceptualización que mantuvieron Bártolo de Sasoferrato en el siglo XIV y Hugo Grotius a principios del XVII y ha continuado hasta nuestros días. El pirata representaba la manifestación de la mayor violencia en la mar.

Tras un largo período de amplia expansión y máximo auge de la piratería en los siglos XVI al XVIII, tanto en el Atlántico abordando los buques en las principales rutas entre Europa y el Nuevo Mundo, como en el Mediterráneo o *Mare Nostrum*, a cargo en este caso de los piratas berberiscos, la piratería entró en declive

---

1 Sobre el concepto de seguridad marítima puede consultarse la obra colectiva *Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima*, coordinada por el almirante general ZARAGOZA SOTO, S., Cuadernos de Estrategia 140 del Instituto Español de Estudios Estratégicos, Madrid abril de 2009. Tuve el honor de participar en dicha obra con el trabajo *Marco Jurídico de la Seguridad Marítima*.

2 En los versos de la *Iliada* y la *Odisea* de Homero se contienen referencias a la piratería. El historiador griego Plutarco al narrar, en su obra *Vidas Paralelas*, el episodio del secuestro sufrido durante su juventud por Julio César, a manos de unos piratas junto a la isla de Farmacusa, relata que «ya entonces infestaban el mar con grandes escuadras e inmenso número de buques». Por su parte, Cicerón, haciendo referencia a la trascendencia para toda la Comunidad del delito de piratería, señala que «*nam pirata non est ex perduellium numero definitus, sed communis hostis omnium*», Cic. Off. 3, 29, 107.

cuando los Estados occidentales se tomaron en serio la lucha contra ella. Desde finales del siglo XIX hasta el último cuarto del siglo XX, la piratería parecía haber desaparecido, al menos de las principales rutas del comercio marítimo.

Sin embargo, desde que en 1983 Alemania notificara un acto de piratería realizado contra un buque de su pabellón, la Organización Marítima Internacional ha registrado, hasta el mes de enero de 2013, 6.593 actos de piratería en el mundo, algunos de extraordinaria violencia.

Los puntos más calientes durante estos treinta últimos años han sido el sudeste asiático (que incluye el sur del mar de la China, costas de Indonesia, estrecho de Malaca), la zona del golfo de Adén y el Índico occidental y el golfo de Guinea, en el África occidental.

La importancia de no bajar la guardia contra la piratería radica, al igual que ocurre con otras amenazas contra la seguridad marítima, en su carácter expansivo. O dicho de otra forma, la piratería resurge cuando existiendo un buen caldo de cultivo –como pueden ser la carencia de medios de vida dignos, las grandes desigualdades sociales y las situaciones de desgobierno o con gobiernos corruptos o débiles– no se adoptan las medidas necesarias ni para remediar sus causas, ni para detectarlas y reprimirlas, trasladándose de unos lugares a otros en función de la mayor o menor vigilancia del correspondiente espacio marítimo. Es por ello, por lo que para abordar con éxito la lucha contra la piratería no basta con la utilización de los medios disuasorios y represivos, sino que resultará en cada caso necesario analizar las causas que la originan y darles respuestas integrales y satisfactorias en orden a su eliminación o mitigación.

Por otro lado, el efectivo enjuiciamiento de los presuntos autores de este tipo delictivo está planteando serios problemas. Entre las causas que determinan las dificultades para su enjuiciamiento, podemos señalar las siguientes:

- La especialidad del medio en el que se desarrolla, la mar, caracterizada por una inmensidad de espacios sin fronteras físicas, muchos de ellos no sometidos a jurisdicción efectiva de Estado alguno. Espacios permeables, sujetos a múltiples variables físicas y jurídicas.
- La complejidad técnica del delito de piratería, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. Su regulación se contiene además en tres niveles distintos de normativa (Derecho internacional general, Derecho internacional regional y Derecho interno), no siempre bien armonizados entre sí. Tal armonización, imprescindible por exigencia de los principios de legalidad y tipicidad que rigen en materia penal, no siempre resulta sencilla, máxime si se tiene en cuenta la rápida evolución que en sus planteamientos y formas de manifestación está experimentando el referido delito.
- La especialidad de los puntos de conexión marítimos. Mientras que en el ámbito terrestre los puntos de conexión básicos para el ejercicio de la

jurisdicción son el territorial y el personal, en el ámbito marítimo cobra una especial relevancia el del pabellón, tanto del buque infractor como del buque de guerra interviniente, con la problemática que plantean los pabellones de conveniencia y los buques sin pabellón.

- Las probables escasas capacidades de los sistemas judiciales y penitenciarios de los Estados próximos a los espacios marítimos en los que se desarrolla la piratería, junto con los inconvenientes de desarraigo y costes económicos que representa el traslado de los presuntos piratas a países lejanos para su enjuiciamiento y, en su caso, cumplimiento de la condena.

## II. EL TRATAMIENTO GENERAL DE LA PIRATERÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL MARÍTIMO

Es en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM)<sup>3</sup>, donde la piratería en su concepción tradicional encuentra su regulación, aunque también dedicaremos un segundo apartado a la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y sus Protocolos (Convenio y Protocolos SUA)<sup>4</sup>, por estar tipificadas en ellos muchas de las conductas características del delito de piratería, entre otras varias, aunque no las califiquen con tal nombre. Podríamos decir que la Convención y los Protocolos SUA vinieron a cubrir ciertas lagunas, limitaciones e imperfecciones de la CNUDM en su regulación de los actos graves de violencia en la mar.

### 1. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

La CNUDM comienza el tratamiento de la piratería en su artículo 100, estableciendo el deber de cooperación de todos los Estados en su erradicación, bajo la siguiente fórmula:

*«Todos los Estados cooperarán en toda la medida de lo posible en la represión de la piratería en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado».*

3 Conocida también por sus siglas CNUDM o por los acrónimos CONVEMAR o UNCLOS (derivado este último de su denominación en idioma inglés). También es conocida como Convención de Jamaica o de Montego Bay, por haber sido abierta a la firma de los Estados en la bahía de Montego (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982. Es considerada como la Constitución de los océanos.

Fue ratificada por España mediante instrumento de fecha 20 de diciembre de 1996, publicado en el BOE nº 39 de 14 de febrero de 1997.

4 Ver notas números 10 y 11.

La definición de los tipos básicos se contiene en el artículo 101 CNUDM<sup>5</sup>:

«Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes:

- a) *Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:*
  - i) *Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;*
  - ii) *Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;*
- b) *Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;*
- c) *Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o el apartado b) o facilitarlos intencionalmente.»*

El artículo 102 de la misma convención considera también piratería, los actos definidos en el artículo anterior, perpetrados por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado, cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave; el artículo 103 define el buque o la aeronave piratas como los destinados por las personas bajo cuyo mando efectivo se encuentran a cometer cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 101, considerando también piratas los buques o aeronaves que hayan servido para cometer dichos actos mientras se encuentren bajo el mando de las personas culpables de esos actos, y el artículo 104 determina que un buque o una aeronave podrá conservar su nacionalidad no obstante haberse convertido en buque o aeronave pirata, rigiéndose la conservación o la pérdida de la nacionalidad por el Derecho interno del Estado que la haya concedido.

Como excepción al principio general de que los buques en alta mar solo están sujetos a la jurisdicción del Estado de su pabellón, el artículo 105 de la citada convención, permite que todo Estado pueda apresar, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata, o un buque o aeronave capturado como consecuencia

---

5 RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., en su trabajo *Aspectos jurídico-penales del crimen internacional de piratería*, publicado en la obra colectiva, *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 116 a 122, realiza un interesante análisis de los tipos definidos en los artículos 101 y 102 de la CNUDM.

de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo, mediando en su caso el previo derecho de visita para comprobar la naturaleza de sus actividades. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento, podrán decidir las penas que deban imponerse a los responsables y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

El artículo 107 de la Convención autoriza a realizar los apresamientos por causa de la piratería solo a los buques de guerra o las aeronaves militares, u otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados a tal fin, mientras que el artículo 106 determina la responsabilidad del Estado que realice el apresamiento, frente al Estado de la nacionalidad del buque o de la aeronave, de todo perjuicio o daño causado por la captura, cuando un buque o una aeronave sean apresados por sospechas de piratería sin motivos suficientes.

Entre los problemas que a nuestro juicio presenta la expresada configuración de la piratería, podemos señalar los siguientes:

*A. La insuficiencia de la determinación del elemento circunstancial del lugar en la definición y el ejercicio de la jurisdicción respecto del delito de piratería.*

La literalidad de la definición del delito de piratería del artículo 101 de la Convención de Jamaica y también del artículo 102 relativo al deber de cooperación de los Estados lleva a pensar que solo existe piratería en alta mar o lugares no sometidos a jurisdicción de ningún Estado. Sin embargo, una lectura más pausada de la propia Convención y un estudio de la evolución posterior del Derecho del Mar, nos lleva a concluir que ello no es así y que también en otros espacios marinos, como las zonas económicas exclusivas, cabe hablar propiamente de piratería, siendo posible su persecución universal. Desde nuestro punto de vista solo los mares territoriales de los Estados constituyen un límite para la configuración y persecución del delito universal de piratería debiendo estarse en aquellos a la regulación y voluntad de cooperación del Estado ribereño, soberano sobre dichas aguas.

Incluso cabría plantear la posibilidad de intervención de la Comunidad Internacional, en aquellos espacios marinos formalmente sometidos a la jurisdicción de un Estado pero en los que de hecho no es ejercida, por dejación, desgobierno, falta de medios o cualquier otra causa (nos referimos a los llamados «mares fallidos»).

*B. La dificultad de interpretación de la expresión «propósito personal» como elemento subjetivo o intencional del tipo.*



La expresión *propósito personal* utilizada por el artículo 101.a) de la CNUDM añade un elemento de difícil prueba a la hora de su enjuiciamiento, no resultando tampoco sencilla la determinación de su significado<sup>6</sup>. De hecho hay autores que asimilan el «propósito personal» al ánimo de lucro, siendo mayoritaria la posición de los que opinan que tal expresión estaría excluyendo los fines públicos, sean de carácter político, ideológico o religioso.

*C. La posible insuficiencia de las acciones típicas que conforman la piratería.*

La redacción actual del Convenio solo permite calificar como piratería los ataques (recordemos: actos de violencia, detención o depredación) realizados desde un buque o aeronave a otro buque o aeronave, pero no los producidos desde tierra o desde el interior del propio buque o aeronave (por ejemplo, por delincuentes infiltrados entre el pasaje o la tripulación).

Por otro lado, en algunos documentos de las organizaciones internacionales se viene hablando, junto a la piratería, de robo a mano armada o actos de bandidaje, como conceptos distintos de aquella. La diferencia esencial entre ambas figuras no parece ser otra que la de los distintos espacios marítimos en los que se cometen los actos de depredación: en alta mar, zona económica exclusiva o aguas no sometidas a la jurisdicción de Estado alguno se trataría de piratería, mientras que en aguas interiores, aguas archipelágicas o mar territorial, la denominación sería robo a mano armada. Tal distinción, a nuestro juicio es artificial, consecuencia forzada de la propia definición de piratería contenida en la CNUDM que, como hemos visto, la limita al *alta mar o lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado*<sup>7</sup>.

6 Por ejemplo, DE AZCÁRRAGA BUSTAMANTE, José Luis, en su «*Derecho del Mar*», volumen I, ed. Universidad de Alcalá de Henares, 1983, p. 170, considera que *propósito personal* es «una fórmula mucho más amplia –y acaso más imprecisa o vaga– de aquella finalidad clásica del *animus furandi*, de la intención de robo, que no es forzosamente necesaria para tipificar la piratería. El fin personal...parece excluir los objetivos políticos».

7 En efecto, algunos documentos de la ONU se ocupan de recordar que la definición de «piratería» es la recogida en el art. 101 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, mientras que la definición del «robo a mano armada contra barcos» se contiene en el apartado 2.2 del Código de Prácticas para la investigación de los delitos de piratería y robo a mano armada contra barcos, aprobado por la IMO, en su versión de 2 de diciembre de 2009 y conforme al cual: «*Armed robbery against ships*” means any of the following acts: 1. any illegal act of violence or detention or any act of depredation, or threat thereof, other than an act of piracy, committed for private ends and directed against a ship or against persons or property on board such a ship, within a State’s internal waters, archipelagic waters and territorial sea; 2. any act of inciting or of intentionally facilitating an act described above.»

También la doctrina se ha planteado las diferencias entre una y otra figura y así BARRADA FERREIRÓS, A., en *El talón de Aquiles de Atalanta: el enjuiciamiento y encarcelamiento de los piratas*, publicado por el IEEE como Documento Marco nº 01/2011, señala que «La diferencia esencial entre ambos viene dada, simplemente, por los espacios marítimos donde tienen lugar los hechos: en alta mar o en zona económica exclusiva, la piratería, y en aguas interiores, aguas archipelágicas o mar territorial, el robo a mano armada».

No obstante lo anterior, en el presente trabajo, opto por considerar equivalentes ambas figuras delictivas pues puede ocurrir que en determinadas legislaciones aparezca tipificado solo el robo a mano armada en la mar y no el delito de piratería, y al revés, como ocurre actualmente en nuestro Código Penal donde el robo a mano armada

Aun cuando creemos preferible tender a un concepto más amplio de piratería –no condicionado por el espacio marítimo en el que se comete–, en el momento actual, la especificación en los instrumentos internacionales, junto a la piratería, del robo a mano armada tiene la virtud de dar cobertura para el ejercicio de la jurisdicción universal a aquellos Estados que aun no teniendo tipificado en sus legislaciones penales el delito de piratería –como ocurría hasta hace pocos años en España–, sí tienen tipificadas conductas concretas como el robo, las amenazas o las detenciones ilegales que pueden considerarse comprendidas en la tipificación de la piratería según el mencionado Convenio.

En definitiva, creemos que la definición de piratería de la CNUDM es ilógicamente restrictiva. No comprende todos los actos graves de violencia, detención o depredación en la mar, aun cuando el daño causado a las víctimas sea de igual naturaleza y de igual o incluso superior intensidad, y ello en atención a criterios tan aleatorios y –desde mi punto de vista– endeble como el espacio marítimo en el que se produzca o la intencionalidad última que persiga el autor del daño<sup>8</sup>.

---

en la mar encontraría encaje en el nuevo delito de piratería, aun cuando se cometiera en el mar territorial o en aguas marítimas interiores. Adviértase que las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre Somalia utilizan conjuntamente ambas expresiones, tanto se refieran a la alta mar como al mar territorial o aguas interiores. Pienso que la razón es principalmente práctica, con el fin de abarcar en todo lo posible los actos de violencia en la mar, con independencia del espacio marítimo en el que se cometan y de la tipificación que reciban en las normativas internas de los Estados.

Por todo ello, en este trabajo utilizo el término «piratería» para referirme indistintamente a ambas figuras.

- 8 Son ya varios los autores, en España y fuera de España, que por unas u otras razones consideran insuficiente o inadecuada la definición de piratería contenida en la CNUDM. Las críticas que ahora formulo ya fueron anticipadas en mi trabajo citado *Marco jurídico de la seguridad marítima*, publicado en abril de 2009, p.190 a 202. En el mismo sentido, SOBRINO HEREDIA, J.M., en «La piratería marítima: un crimen internacional y una galimatías nacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, afirma: «por lo que se refiere al delito internacional de piratería nos encontramos con que la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y, en particular, su art. 101, proporciona una noción muy restringida de piratería, tanto por el lugar de la comisión del delito, como por las características de los navíos involucrados, como, en fin, por las razones que motivan el acto». También en España, RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J.L., «Problemas jurídico-penales e internacionales del crimen de piratería (una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional)», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 93, in memoriam de Agustín Corrales Elizondo, p.212 y «Aspectos jurídico-penales...», *ob.cit.*, 2011, p.132, califica de «inadecuada y anticuada» la definición del artículo 101 CNUDM, y JORGE URBINA, J., «El régimen jurídico internacional de la piratería y los problemas que plantea su persecución en las costas de Somalia y el golfo de Adén», *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 65, estima que el tratamiento fragmentario que se hace de la persecución de esta actividad delictiva, en función del espacio donde se cometa, «resulta hoy en día cada vez más inadecuado», propugnando «una revisión de la definición de piratería para suprimir el requisito espacial que obliga a que estos delitos se cometan más allá del mar territorial».

Fuera de España, podemos mencionar a ELLEMAN, B., FORBES, A., y ROSENBERG, D., «Piracy and Maritime Crime...», *ob.cit.* p.224 y 225, publicada en enero de 2010, los cuales, tras poner de manifiesto las muy diversas modalidades del delito de piratería a lo largo de la historia, ironizan sobre las consecuencias legales que para las víctimas tiene el lugar donde se desarrolla la acción:

«The location of a criminal attack determines whether it is an act of piracy or simply a maritime crime, within the jurisdiction of a particular country. This legalistic distinction, of course, is meaningless to the victim.

## 2. LA CONVENCIÓN PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA

No habían transcurrido tres años desde la aprobación de la CNUDM cuando se produjo el secuestro (el 7 de octubre de 1985) del buque de pasaje italiano «Achille Lauro» por cuatro hombres que aseguraban actuar en nombre del Frente para la Liberación de Palestina (FLP)<sup>9</sup>, episodio que conmocionó al mundo y puso de manifiesto la insuficiencia de aquella convención para darle respuesta. Pronto comenzaron los trabajos para la elaboración de la nueva convención, conocida también como Convención SUA, que fue firmada en Roma, el 10 de marzo de 1988, junto con un protocolo aplicable a las plataformas artificiales en la mar<sup>10</sup>. La Convención y su Protocolo fueron enmendados en el año 2005 por sendos protocolos<sup>11</sup>, incluyendo nuevos tipos delictivos, reforma promovida por EE.UU. a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas de Nueva York.

El preámbulo de la Convención SUA comienza con una referencia a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, mostrando su preocupación por *«la escalada mundial de los actos de terrorismo en todas sus formas, que ponen en peligro vidas humanas inocentes o causan su pérdida, comprometen las libertades fundamentales y atentan gravemente contra la dignidad del ser humano»*, para, a continuación, considerar que los *«actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima comprometen la seguridad de las personas y de los bienes, afectan gravemente la explotación de los servicios marítimos y socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de*

---

*Traditionally, piracy included almost any theft on the water, even along a country's coastline or on its rivers, which explains why many medieval cities were located far inland. From the eighteenth century onward, however, "maritime crime" was considered to take place in territorial waters out to three nautical miles, with piracy occurring beyond three nautical miles on what was by then called the "high seas" Territorial waters progressively extended outward to the current twelve nautical miles....»*

9 Los secuestradores, cuyo líder era Abu Abbas, se hicieron con el control del buque y exigieron la liberación de cincuenta palestinos detenidos en Israel. Para demostrar que sus amenazas iban en serio, el súbdito israelí Leon Klinghoffer, anciano de 79 años de edad y en silla de ruedas fue asesinado y arrojado con ella después por la borda.

10 Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hechos en Roma el 10 de marzo de 1988, Instrumento de ratificación por España de 15 de junio de 1989 (publicado en el BOE nº 99, de 24 de abril de 1992).

11 Protocolos de 2005, hechos en Londres el 14 de octubre de 2005, relativos al Convenio y Protocolo de 1988 citados, Instrumentos de ratificación por España de 31 de marzo de 2008 (publicados en los BOE: nº 225 de 16 de septiembre de 2010 y nº 226 de 17 de septiembre de 2010). Una versión consolidada de los textos del Convenio y el Protocolo de 1988 con las enmiendas introducidas por los Protocolos de 2005 se publicó en los BOE nº 170, de 14 de julio de 2010, y nº 171, de 15 de julio de 2010.

*la navegación marítima», así como «que la realización de tales actos preocupa gravemente a toda la Comunidad Internacional».*

El artículo 3.1. del SUA en su redacción originaria, bajo el enunciado «*Comete delito toda persona que ilícita e intencionadamente...*», describe, a continuación, hasta siete acciones típicas que van desde el apoderamiento del buque mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, hasta la difusión de información falsa, a sabiendas de su falsedad, incluyendo también los homicidios y lesiones y los daños al buque o su carga, así como la colocación de explosivos que ponga en peligro la navegación segura del buque, incluyendo la tentativa, la inducción y la amenaza de cometer cualquiera de los citados delitos, con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o abstenerse de ejecutarlo. La universalización de la jurisdicción para perseguir los mencionados delitos, se materializa en el artículo 6 de la Convención mediante el establecimiento de distintos criterios para conferir jurisdicción a los Estados parte, además del tradicional que la atribuye al Estado del pabellón.

En el Convenio SUA se prevén también numerosas reglas tendentes a favorecer la colaboración y auxilio de los Estados parte en orden a la prevención, persecución y represión de estos delitos, con el fin de evitarlos y, si pese a todo se producen, que no queden impunes.

Entre dichas reglas destacamos por su curiosidad la contenida en el artículo 8.1, conforme a la cual:

*«El capitán de un buque de un Estado parte (el Estado del pabellón) podrá entregar a las autoridades de cualquier otro Estado parte (el Estado receptor) a cualquier persona respecto de la que tenga razones fundadas para creer que ha cometido alguno de los delitos enunciados en el artículo 3».*

Por su parte, el Protocolo SUA contiene una regulación análoga respecto de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, que son definidas en su artículo 1.3, como *«isla artificial, instalación o estructura sujeta de manera permanente al fondo marino con fines de exploración o explotación de los recursos u otros fines de índole económica».*

La tipificación de los delitos en la Convención SUA y su Protocolo es, por tanto, muy amplia y muchas de las conductas que contemplan podrían ser también constitutivas del delito de piratería. Normalmente los autores se esfuerzan en argumentar<sup>12</sup> que la diferencia radica en el *«propósito personal»* propio de

12 Por ejemplo, FERNÁNDEZ RODERA, J.A., «Terrorism at Sea. International Law Response», *International Legal Dimension of Terrorism*, Dir. Pablo Antonio Fernández Sánchez, Ed. Nijhoff Leiden-Boston, 2009, p. 110, afirma: *«In particular, it is clear that piracy must be differentiated from terrorism because it is committed "for private ends".....».* En el mismo sentido se pronuncia DOMÍGUEZ-MATÉS, R., «From de Achille Lauro to the Present Day: An Assessment of the International Response to Preventing and Suppressing Terrorism at Sea», publicado en la misma obra colectiva, p. 232, citando a Ronzitti.

la piratería, al que se refiere el artículo 101 de la CNUDM, frente al propósito terrorista propio de los delitos tipificados en la Convención y el Protocolo SUA. Sin embargo, cuando la Convención y el Protocolo SUA definen los delitos contra la seguridad marítima, ni los califican de terrorismo, ni exigen, en general –a mi juicio con acierto–, un dolo específico en su comisión, sino el dolo genérico de que se realicen «*intencionadamente*», por lo que si bien teóricamente sí podrían existir problemas para calificar como actos de piratería aquellas conductas tipificadas en el artículo 101 de la Convención de 1982 cuando se realizaran por motivos políticos o religiosos, no existirían problemas para calificar como delitos contra la seguridad de la navegación marítima las conductas definidas en el artículo 3.1 de la Convención SUA, aun cuando se realizaran con «*propósitos personales*».

Por lo que se refiere a las enmiendas de 2005 al Convenio y al Protocolo SUA, tienen por objeto, básicamente, por una parte ampliar los tipos delictivos (la utilización del buque como arma, el transporte de armas NBQ o de tecnología o materiales para fabricarlas) y, por otra, establecer normas que permitan y regulen la inspección en alta mar de un buque extranjero por oficiales de un buque de guerra de Estado distinto al del pabellón.

Entre las cautelas o salvaguardas durante la ejecución de las medidas, se recogen las siguientes: no poner en riesgo la seguridad de la vida humana en la mar; velar porque las personas a bordo sean tratadas de modo que se preserve la dignidad humana, conforme con la legislación internacional sobre derechos humanos; realizar las visitas y registros de acuerdo con el Derecho internacional aplicable; tener en cuenta la seguridad del buque y su carga; procurar que las medidas que se adopten sobre el buque y su carga sean ecológicamente razonables; asegurarse de que el capitán del buque sea notificado de la intención de realizar la visita, así como su derecho a contactar con el propietario del buque y el Estado del pabellón a la mayor brevedad y hacer lo posible por evitar la demora o inmovilización indebida del buque.

También se prevén indemnizaciones, por parte del Estado interviniente a favor de los perjudicados, en los casos en los que: resulten infundados los motivos para la adopción de las medidas realizadas durante la operación; cuando dichas medidas sean ilícitas, o cuando excedan de las razonablemente necesarias.

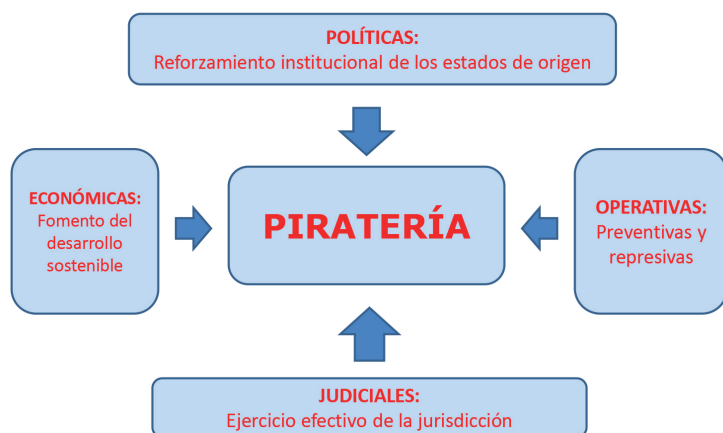
Entre los aspectos más discutidos de las enmiendas de 2005 a la Convención y el Protocolo SUA, se encuentran: la introducción de tipos poco definidos en su aspecto subjetivo, por cuanto no se especifica la exigencia de la intención terrorista en el transporte del material de doble uso, así como la extensión de las obligaciones del Tratado de no Proliferación de Armas Nucleares (TNP), de 1968, al ámbito de aplicación del Convenio SUA. Estados como India, Pakistán, Israel o Irán, mostraron su oposición a que la OMI utilizara, en la Convención SUA, conceptos respecto de los que solo la Agencia Internacional de Energía

resulta competente, estimando que mediante este Convenio y en contra del Derecho internacional se estaban criminalizando las aplicaciones pacíficas de la energía nuclear, alegando también un trato discriminatorio entre los Estados nucleares miembros del TNP respecto de los que no lo son.

### 3. LAS NUEVAS RESPUESTAS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL FRENTE A LA PIRATERÍA: UN PROBLEMA COMPLEJO QUE REQUIERE SOLUCIONES INTEGRALES

En un sencillo esquema, las distintas respuestas que, con mayor o menor intensidad, está dando la Comunidad Internacional para abordar el problema de la piratería en el golfo de Adén y el Índico occidental, se pueden sintetizar en las siguientes: respuestas de tipo político, tendentes a reforzar las instituciones de los Estados de origen; de tipo económico, mediante ayudas que cubran las necesidades básicas de la población y fomenten un desarrollo sostenible; operativas, tanto de carácter preventivo como represivo, en orden a reforzar la seguridad, capturar a los presuntos piratas e inutilizar sus embarcaciones y efectos, y, finalmente, de orden judicial para posibilitar el enjuiciamiento de los presuntos piratas y el cumplimiento de las condenas, preferiblemente en los Estados de la región.

#### RESPUESTAS FRENTE A LA PIRATERÍA



#### 3.1. El caso de Somalia como paradigma: la situación política y las causas de la piratería

Como es sabido, Somalia padece desde el año 1991 varias guerras civiles que han desestructurado y fragmentado al Estado, careciendo de un gobierno central

y de instituciones capaces de regirlo. Dejó de existir un ordenamiento jurídico que reuniera las características que lo hicieran merecedor de tal nombre, y un sistema judicial capaz de aplicarlo, rigiendo la anarquía y la ley del más fuerte, impuesta por los señores de la guerra y los clanes, apareciendo en escena, además, grupos islamistas radicales organizados como Al Shabaab que practican la insurgencia e incitan a ella. Nos encontramos pues, desde hace mucho tiempo, con lo que ha dado en llamarse un Estado fallido –más bien, diría yo, con la carencia de un Estado propiamente dicho–, con unas costas sin ningún tipo de control institucional, en las que los piratas encuentran asiento, refugio y suministro. Igualmente importante para comprender el fenómeno es la carencia de recursos económicos de Somalia, con un ínfimo producto interior bruto, incapaz de asegurar el sustento de la población, así como trabajo estable y unas condiciones de vida dignas. Frente a esta situación generalizada de pobreza y miseria, la piratería surge como un lucrativo negocio, a la vez que un modelo social y un ventajoso medio de vida para amplios sectores de la sociedad que no tienen otro.

### 3.2. Las respuestas de la Comunidad Internacional para la estabilización de Somalia

Fracasada la misión de 1993 de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz, el plan de Naciones Unidas para hacer frente a la descomposición y al caos político, social y económico en el que se halla sumida Somalia desde hace ya demasiados años, se ha ido perfilando a través de una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad<sup>13</sup> que –bajo la consideración de que la situación imperante en Somalia constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región que exige la adopción de medidas en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas– han pivotado, progresivamente, sobre los siguientes ejes:

- Respeto por la soberanía, la integridad territorial, la independencia política y la unidad de Somalia, de Djibouti y de Eritrea.
- La prestación de ayuda humanitaria a la población afectada de toda Somalia.
- La aplicación de un embargo general y completo de todos los suministros de armas y equipo militar a Somalia.

---

<sup>13</sup> Las primeras Resoluciones del Consejo de Seguridad son: la 733 (1992), de 23 de enero; 746 (1992), de 17 de marzo, y 751 (1992), de 24 de abril, en las que se expresa la preocupación por la grave situación imperante en el país, se hace un llamamiento a la prestación de ayuda humanitaria, se impone el embargo de armas y se encomienda al secretario general de NU, en cooperación con el de la Organización de la Unidad Africana y con el de la Liga de Estados Árabes, la puesta en contacto con todas las partes en conflicto para que se comprometan a poner fin a las hostilidades y se proteja a la población civil.

- El despliegue en Somalia de una misión de la Unión Africana (AMISON, compuesta fundamentalmente de contingentes ugandeses), cuyo mandato y efectivos se han ido ampliando en el tiempo, a cuyas fuerzas se encomienda llenar el vacío de seguridad y crear las condiciones para la retirada total de otras fuerzas extranjeras de Somalia.
- El permanente llamamiento a todas las partes en conflicto para el cese de las hostilidades con exigencia de un alto el fuego inmediato, como condiciones necesarias para promover un proceso de reconciliación y normalización política.
- La firma entre las principales facciones beligerantes, en junio de 2008, del Acuerdo de paz de Djibouti.
- El inicio de un proceso político de transición, plenamente inclusivo (jefes de clanes, dirigentes políticos, autoridades religiosas, comunidad empresarial y representantes de la sociedad civil como grupos de mujeres), bajo las directrices de la Carta Federal de Transición (CFT), constituyendo unas instituciones federales estables.
- El respeto al Derecho humanitario en los conflictos armados, en especial en lo que se refiere a la protección de los civiles, las mujeres y los niños.
- La consideración de que los grupos armados somalíes de la oposición y los combatientes extranjeros, en particular Al-Shabaab, constituyen una amenaza terrorista para Somalia y la Comunidad Internacional.
- La necesidad de formar<sup>14</sup> y desarrollar unas fuerzas propias de seguridad de Somalia.
- La lucha contra la corrupción.

El largo proceso hacia la reconciliación, la estabilidad y la paz en Somalia ha estado y sigue estando sujeto a muchas dificultades pues continúa sufriendo un estado de guerra constante debido principalmente a los ataques de la guerrilla islamista Al-Shabaab, cuyos vínculos con Al Qaeda son cada vez más estrechos. Sigue siendo considerado el Estado más fallido y corrupto del planeta<sup>15</sup>, en una situación de emergencia humanitaria que afecta a la mayoría de la población, recién superada una nueva hambruna, y la violación de los derechos humanos continúa imperando<sup>16</sup>.

---

14 Al adiestramiento de dicha fuerza contribuye la Misión de Formación para Somalia de la Unión Europea (EUTM), en la que participa España.

15 Según el índice de Estados fallidos 2012, que publica la revista Foreign Policy desde hace siete años, sobre la base de un informe elaborado por el «Fondo para la paz», para cuya elaboración se utilizan datos económicos, políticos y sociales. Aparece Somalia en primer lugar, al igual que en los años 2008, 2009, 2010 y 2011 seguida en 2012 de Congo (D.R.), Sudán y Chad [http://www.foreignpolicy.com/failed\\_states\\_index\\_2012\\_interactive](http://www.foreignpolicy.com/failed_states_index_2012_interactive). Por lo que se refiere al índice de corrupción, utilizamos el estudio que publica la ONG «Transparency International» <http://www.transparency.org/research/bps2011>.

16 El secretario general de Naciones Unidas, en su informe S/2012/283, de 1 de mayo de 2012, al Consejo



Pese a ello, bajo el fuerte impulso de Naciones Unidas, se abre en estos momentos una puerta a la esperanza respecto de la situación política de Somalia al haber culminado el período de transición con: la aprobación por la Asamblea Nacional Constituyente –formada por líderes somalís– de una nueva Constitución (provisional) el 1 de agosto de 2012 que ha de ser todavía sometida a referéndum; la formación del nuevo Parlamento, y la designación por este, el 10 de septiembre de 2012, del nuevo presidente de Somalia, Hassan Sheij Mohamud<sup>17</sup>.

En el ámbito de la seguridad se han producido también importantes avances, pues aunque se siguen cometiendo numerosos atentados en la capital, Mogadiscio<sup>18</sup>, el control sobre la ciudad es cada vez mayor, habiendo logrado las fuerzas de AMISON desplegarse más allá<sup>19</sup>, recuperar zonas del centro y del sur de Somalia y tomar, en coordinación con otras fuerzas progubernamentales, la ciudad de Kismayo, hasta hace poco bastión de los radicales islámicos de Al-Shabaab. Asimismo, las fuerzas somalís, con el apoyo de AMISON y de la misión de formación de la Unión Europea, van adquiriendo cuerpo y ganando eficacia.

---

de Seguridad, manifestaba: *«Sigo profundamente preocupado por las graves violaciones del Derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos, especialmente contra las mujeres y los niños. Insto a todas las partes a que se aseguren de que la protección de la población civil se integre en todas las operaciones militares. Considero alentador que el Gobierno Federal de Transición persista en su compromiso de impedir que sus fuerzas armadas recluten y empleen niños y le solicito que concluya la elaboración del plan de acción y lo empiece a aplicar antes de que finalice el período de transición.*

*La situación humanitaria en Somalia exige atención y apoyo constantes. Los pronósticos de escasez de lluvias ponen de relieve que los progresos logrados son frágiles y reversibles. Insto a todas las partes a que garanticen el acceso incondicional de los trabajadores humanitarios para que puedan ayudar a las personas vulnerables. También aliento a todos los donantes a que apoyen con urgencia el procedimiento de llamamientos unificados, que actualmente solo está financiado en un 21%».*

17 En sus primeras declaraciones con motivo de su toma de posesión el pasado 16 de septiembre de 2012, el nuevo presidente de Somalia ha manifestado: *«Queremos Somalia libre de piratería, terrorismo y de buscadores de asilo en el extranjero. Queremos crear una comunidad unida para que los somalís y los países vecinos puedan vivir en paz»*, <http://www.europapress.es/internacional/noticia-nuevo-presidente-somalia-hassan-sheij-mohamud-jura-cargo-20120916170344.html>

18 Los más graves y recientes al tiempo de escribir estas líneas: el sufrido por el nuevo presidente electo de Somalia el 12 de septiembre de 2012, a los dos días de su elección y antes de su toma de posesión, del que afortunadamente salió indemne, si bien murieron al menos cinco personas, entre ellos tres soldados de AMISON y el provocado por terroristas suicidas el día 20 de septiembre en un restaurante céntrico de Mogadiscio en el que murieron al menos catorce personas. Ambos atentados se los atribuyeron las milicias de Al-Shabaab.

19 En su interesante informe al Consejo de Seguridad, de 1 de mayo de 2012, el secretario general de Naciones Unidas acoge con satisfacción estos avances pero advierte, con las siguientes palabras, de la necesidad de no bajar la guardia: *«Si bien las fuerzas somalís y la AMISOM han seguido ganando terreno, los ataques asimétricos de los insurgentes plantean una amenaza seria. En ese sentido, aliento a los Estados miembro que cuenten con la capacidad necesaria a que ayuden a la AMISOM y a las fuerzas somalís a consolidar su capacidad para prevenir los ataques asimétricos y aumentar la seguridad de la población civil. Acojo con satisfacción los pasos que ha dado recientemente la Unión Africana para establecer una fuerza de guardia, de conformidad con lo dispuesto en la resolución 2010 (2011), que es fundamental para facilitar la circulación segura del personal civil de la comunidad internacional en Mogadiscio».*

### 3.3. Las respuestas específicas de la Comunidad Internacional para combatir la piratería en Somalia y el Índico occidental

El extraordinario auge de la piratería procedente de las costas de Somalia y su rápida expansión por el océano Índico –que por una parte impedía la recepción por la población necesitada de la ayuda del Programa Mundial de Alimentos y por otra representaba una amenaza real y efectiva contra una de las principales rutas comerciales marítimas–, frente a los que resultaban insuficientes los instrumentos internacionales de carácter común para reprimirla, así como las acciones políticas referidas en el apartado anterior auspiciadas por Naciones Unidas para lograr la paz y la estabilidad en Somalia, motivaron una serie de resoluciones y acciones específicas contra la piratería, adoptadas bajo la invocación del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

Con ello, la piratería y el robo a mano armada en la mar pasaban a ser considerados un quebrantamiento de la paz, que legitimaba al Consejo de Seguridad para adoptar las medidas necesarias para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, pudiendo instar a los miembros de las Naciones Unidas para que apliquen dichas medidas.

#### 3.3.1. Las resoluciones de 2008 del Consejo de Seguridad sobre la piratería en Somalia

De las diez resoluciones emitidas en el año 2008 por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre la situación en Somalia<sup>20</sup>, cuatro están dedicadas específicamente a la piratería y otras tres se refieren incidentalmente a ella<sup>21</sup>.

Por lo que se refiere a las cuatro resoluciones del año 2008 específicas sobre piratería, intentaremos sistematizarlas de la siguiente forma:

##### A. Motivación:

Responden a las siguientes preocupaciones de la Comunidad Internacional:

a) la amenaza que los actos de piratería y robo a mano armada contra buques suponen para el suministro rápido, seguro y efectivo de ayuda humanitaria a Somalia (con referencia especial a los ataques contra los buques operados por el Programa Mundial de Alimentos), para la seguridad de las rutas comerciales marítimas y para la navegación internacional; b) la percepción de que los incidentes de piratería agravan la situación de Somalia, que sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región; c) la situación crítica reinante en Somalia y la falta de capacidad del

20 Son las Resoluciones 1801, 1811, 1814, 1816, 1831, 1838, 1844, 1846, 1851 y 1853, todas del año 2008.

21 Están dedicadas específicamente a la piratería las Resoluciones 1816, 1838, 1846 y 1851, mientras que se refieren a ella incidentalmente las Resoluciones 1801, 1814, 1844.

Gobierno Federal para interceptar a los piratas o patrullar y asegurar las rutas marítimas internacionales frente a la costa de Somalia o las aguas territoriales de Somalia; d) el rápido aumento del radio de acción de los piratas (expansión de la piratería) y el incremento de la violencia en sus actuaciones.

#### B. Marco jurídico:

Parten de considerar a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, como el marco jurídico aplicable a la lucha contra la piratería y el robo a mano armada.

Consideramos importante destacar aquí que a partir de la Resolución 1846 (2008), de 2 de diciembre, el Consejo de Seguridad vincula también la piratería con el Convenio de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima («Convenio SUA» al que nos hemos referido anteriormente). El Consejo *insta a los Estados parte en el Convenio SUA a cumplir plenamente las obligaciones derivadas de este, y a cooperar con el secretario general y con la OMI a fin de crear la capacidad jurídica necesaria para el eficaz enjuiciamiento de las personas sospechosas de actos de piratería o robo a mano armada frente a las costas de Somalia.*

#### C. Medidas adoptadas:

Las medidas se han ido ampliando e implementando a la luz de la evolución de los acontecimientos, en especial en relación con la extensión del radio de acción de los piratas, la entidad de sus ataques y el aumento de la violencia. Tras unos primeros llamamientos genéricos a los Estados cuyos buques de guerra y aeronaves militares operaban en las aguas internacionales próximas a Somalia para que estuvieran alerta contra cualquier incidente de piratería en la zona y adoptaran las medidas adecuadas para proteger a los buques mercantes, en particular a los que transportan ayuda humanitaria, el Consejo de Seguridad decidió, en su Resolución 1816 (2008), facultar a los Estados que cooperasen con el GFT en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a la costa de Somalia para: a) entrar en las aguas territoriales de Somalia con el fin de reprimir actos de piratería y robo a mano armada en el mar; y b) usar, en las aguas territoriales de Somalia, en forma compatible con el Derecho internacional, todos los medios necesarios para reprimir los actos de piratería y robo a mano armada. Incluso permite que algunos de esos medios se utilicen con carácter preventivo, al referirse expresamente<sup>22</sup> a *la incautación y el decomiso de embarcaciones, buques, armas y otro equipo conexo, utilizados, o que haya motivos razonables*

---

22 Por ejemplo, la Resolución 1846 (2008), de 2 de diciembre, en su apartado 9.

*para sospechar que han de ser utilizados, para cometer actos de piratería y robo a mano armada frente a las costas de Somalia.*

Las citadas autorizaciones se concedieron inicialmente por un período de seis meses, pero se han ido prorrogando, en virtud de sucesivas resoluciones, hasta nuestros días.

Un paso más, en cuanto al ámbito espacial de la intervención, lo dio la Resolución 1851 (2008) la cual, decidió facultar a los Estados y las organizaciones regionales para adoptar todas las medidas necesarias que sean apropiadas en Somalia, con el propósito de reprimir los actos de piratería y robo a mano armada en el mar, lo que se ha interpretado como una autorización para actuar en el propio territorio y espacio aéreo de Somalia, siempre que cuente con el consentimiento del Gobierno de Somalia. De hecho, al amparo de esta resolución se están desarrollando las operaciones de inutilización en tierra de las embarcaciones, combustible y material utilizados por los piratas.

Otro tipo de medidas adoptadas por las comentadas resoluciones son las que se encaminan a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de las acciones piratas, así como al fortalecimiento de la capacidad judicial, tanto de Somalia como de los Estados de la región, para juzgar a los presuntos piratas y, en su caso, hacerles cumplir la pena. Aquí puede incardinarse la invocación de distintos puntos de conexión que pueden servir para establecer la jurisdicción competente para el enjuiciamiento y el cumplimiento de las penas por los delitos de piratería, así como el llamamiento a los Estados para que cooperen en su determinación, en la investigación y en el enjuiciamiento de los responsables<sup>23</sup>.

#### D. Límites:

Las propias resoluciones comentadas imponen una serie de límites en el ejercicio de las medidas que autorizan o promueven, entre los que podemos señalar los siguientes:

- El respeto a la soberanía, la integridad territorial, la independencia política y la unidad de Somalia, así como de sus derechos respecto de los recursos

23 En concreto, la Resolución 1816 (2008) lo expresa de la siguiente forma: «Exhorta a todos los Estados, y en particular a los Estados del pabellón, del puerto y ribereños, a los Estados de nacionalidad de las víctimas y los autores de actos de piratería y robo a mano armada, y a otros Estados que tengan la jurisdicción pertinente en virtud del Derecho internacional y la legislación nacional, a que cooperen para determinar la jurisdicción, y en la investigación y el enjuiciamiento de las personas responsables de actos de piratería y robo a mano armada frente a la costa de Somalia, en forma compatible con el Derecho internacional aplicable, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y a que brinden asistencia mediante, entre otras cosas, la prestación de asistencia logística y para la entrega de las personas que estén bajo su jurisdicción y control, como las víctimas y los testigos y las personas detenidas como resultado de las operaciones ejecutadas con arreglo a la presente resolución».

Por su parte, la Resolución 1851 (2008), insta a los Estados «a poner a sus ciudadanos y buques a disposición de las investigaciones forenses, según corresponda, en el primer puerto en que atraquen tras haber sido objeto de un acto de piratería o robo a mano armada en el mar o de un intento de cometerlo, o tras haber sido puestos en libertad».

- naturales extraterritoriales, incluidas las pesquerías, de conformidad con el Derecho internacional.
- La compatibilidad de las medidas que se adopten en la represión de los actos de piratería con el Derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos aplicables.
  - La prevención de que las autorizaciones conferidas por las resoluciones comentadas solo son aplicables a la situación en Somalia, haciendo constar que cuentan con el consentimiento del Gobierno Federal, sin que puedan considerarse precedente del Derecho consuetudinario internacional, ni afectar a los derechos, obligaciones o responsabilidades que incumban a los Estados miembro respecto de cualquier otra situación.

### 3.3.2. *Las resoluciones posteriores a 2008 del Consejo de Seguridad sobre la piratería en Somalia*

Durante los años que siguieron al 2008 hasta el momento actual se han venido sucediendo nuevas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas específicas sobre la piratería en Somalia<sup>24</sup> que, básicamente, prorrogan los mandatos de las resoluciones de 2008 y en algunos aspectos también las desarrollan. Inciden especialmente en la custodia y el enjuiciamiento de las personas sospechosas de cometer actos de piratería y exploran nuevas vías, tanto para conseguir el objetivo del enjuiciamiento y encarcelamiento de los responsables, como para impedir la financiación ilícita de los actos de piratería y el blanqueo de las ganancias procedentes de dichos actos, a la vez que promueven la investigación, en cooperación con la INTERPOL y la EUROPOL, de las redes delictivas internacionales implicadas en la piratería<sup>25</sup>.

Al tiempo de pronunciar estas palabras, la última Resolución<sup>26</sup> específica sobre piratería en Somalia, la 2125 (2013), constata que la inestabilidad de Somalia

24 Resoluciones 1897 (2009), 1918 (2010), 1950 (2010), 2015 (2011) y 2020 (2011). Especial mención merece la 1976 (2011), en la que se da un tratamiento integral al problema de la piratería en el contexto de la situación política general de Somalia. De forma más incidental, se refieren también a ella la 2036 (2012) y la 2067 (2012).

25 No profundizamos más en las resoluciones emitidas hasta principios del año 2011 con el fin de evitar repeticiones, pues un estudio más completo de ellas puede consultarse en los trabajos de BARRADA FERREIRÓS, A., «*El Talón de Aquiles de Atalanta...*», Documento Marco 01/2011, obra ya citada, págs. 4 a 8 y 20 a 26, y MARÍN CASTÁN, F., «El Tratamiento Jurídico de la Piratería en el Ordenamiento Jurídico Español», Documento Marco 02/2011, págs. 3 a 5, Instituto Español de Estudios Estratégicos, en su página web [http://www.ieee.es/publicaciones/docs\\_analisis/](http://www.ieee.es/publicaciones/docs_analisis/)

26 En el momento de pronunciarse esta conferencia. Durante los años 2014, 2015 y 2016 se han seguido aprobando por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas distintas resoluciones sobre la situación en Somalia que siguen similares líneas a las contenidas en las resoluciones citadas en la conferencia.

es una de las causas subyacentes de la piratería y esta a su vez agrava la inestabilidad, introduciendo grandes cantidades de efectivo ilícito que alimenta la actividad y la corrupción en Somalia. Se congratula en la reducción del número de incidentes de piratería, encontrándonos en el nivel más bajo desde 2006.

Insta a las Autoridades somalíes a aprobar un completo conjunto de leyes contra la piratería, sin más demora, y a fijar la zona económica exclusiva. Insiste en la necesidad de crear Tribunales especializados contra la piratería en Somalia y otros Estados de la región, con ayuda internacional.

#### 4. ESPECIAL REFERENCIA A LA OPERACIÓN ATALANTA DE LA UNIÓN EUROPEA

Al amparo de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que acabamos de exponer, tanto los Estados como diversas organizaciones internacionales y regionales han puesto en marcha numerosas iniciativas<sup>27</sup> tendentes a la consecución de los objetivos marcados por aquellas.

Entre dichas iniciativas, destacamos, tanto por su notable y eficaz contribución a la lucha contra la piratería en el Índico occidental y el golfo de Adén, como por la importante participación en ella de España, la operación ATALANTA de la Unión Europea.

Su regulación básica en el Derecho comunitario, se contiene en la Acción Común 2008/851/PESC DEL CONSEJO, de 10 de noviembre de 2008 (DOUE de 12.11.08)<sup>28</sup>, *relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, denominada «Atalanta»*. Aunque lógicamente el marco jurídico general en el que se afirma deberá moverse la citada operación es el de los artículos 100 y siguientes de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, a los que ya nos hemos referido, la Acción Común representa un notable avance, pues en apoyo, y con el apoyo, de

---

27 Son iniciativas de muy distinta naturaleza: unas tienen por objeto fomentar la cooperación, como el Grupo de Contacto (formado por unos cincuenta Estados y Organizaciones para el intercambio de información y gestiones diplomáticas) o el Código de Conducta de Djibouti (en el que se recogen compromisos para la tipificación y el enjuiciamiento de la piratería, entre los 21 Estados de la región Índico occidental y golfo de Adén); otras, lideradas por la OMI, recopilan información, formulan y codifican recomendaciones prácticas para mejorar la seguridad del tráfico marítimo en la zona; otras, encabezadas por la UNODC y el PNUD, se encaminan a la asistencia y creación de capacidades jurisdiccionales en los Estados de la región o a la suscripción de acuerdos entre organizaciones y Estados para facilitar la entrega, el enjuiciamiento y el encarcelamiento de los responsables de piratería, y otras tienen la finalidad operativa de generar fuerzas para lograr la seguridad y el control del territorio –cuyo peso recae actualmente en la AMISON–, o lograr la formación y el adiestramiento de una fuerza de seguridad somalí –a la que contribuye, con participación de España, la operación EUTM de la Unión Europea–, o, finalmente, la lucha directa contra la piratería en la mar y en la costa en la que se enmarca la operación ATALANTA que desarrollaremos en este apartado del trabajo.

28 Ha sido modificada en varias ocasiones por sucesivas decisiones del Consejo de la Unión Europea.

las Resoluciones de 2008, ya comentadas, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, determina como contenido del mandato a ATALANTA, el siguiente:

- a) *brindará protección a los buques fletados por el Programa Mundial de Alimentos, incluso cuando naveguen por las aguas territoriales y las aguas interiores de Somalia;*
- b) *protegerá a los buques mercantes que naveguen en las zonas en que esté desplegada, apreciando las necesidades en cada caso;*
- c) *vigilará las zonas frente a las costas de Somalia, incluidas sus aguas territoriales y sus aguas interiores, que presenten riesgos para las actividades marítimas, en particular el tráfico marítimo;*
- d) *tomará las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para disuadir, prevenir e intervenir para poner fin a los actos de piratería o a robos a mano armada que puedan haberse cometido en las zonas en que esté presente;*
- e) *podrá capturar, retener y entregar a las personas sospechosas de tener la intención de cometer, de estar cometiendo o de haber cometido actos de piratería o robos a mano armada y podrá embargar los buques de los piratas así como los bienes que se encuentren a bordo;*
- f) *establecerá un enlace con las organizaciones, entidades y Estados que actúan en la región para luchar contra los actos de piratería y los robos a mano armada frente a las costas de Somalia, en particular con la fuerza marítima «Combined Task Force 151», que actúa en el marco de la operación «Libertad Duradera»;*
- g) *asistirá a las autoridades somalíes facilitando los datos disponibles sobre las actividades pesqueras recopilados durante la operación;*
- h) *recogerá, de conformidad con la legislación aplicable, datos de las personas sospechosas de piratería, relativos a características que puedan servir para identificarlas, tales como las impresiones dactilares;...*

Especial referencia merece el artículo 12 de la Acción Común, relativo a la «entrega de las personas capturadas y retenidas para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales».

Como primera regla establece que las personas detenidas, sospechosas de cometer actos de piratería o robo a mano armada en aguas territoriales de Somalia o en alta mar, así como los bienes que hayan servido para cometer dichos actos, serán entregados, para la instrucción de los correspondientes procedimientos judiciales y su enjuiciamiento, a las autoridades competentes del Estado del pabellón del buque que haya realizado la captura, sea este un Estado miembro de la Unión Europea o un tercer Estado que previo acuerdo con la Unión Europea participe en la operación.

Para el caso de que el Estado del buque que realiza el apresamiento no pudiera o no quisiera ejercer su jurisdicción, se establece como segunda regla que

los presuntos delincuentes y los bienes incautados podrán ser entregados a otro Estado miembro o a un tercer Estado (se supone que participante en la operación) que sí deseen ejercerla. Se establece como requisito para que la entrega se pueda realizar a un tercer Estado la necesidad de que se hayan acordado con ese Estado las condiciones de la entrega de manera conforme con el Derecho internacional, en especial sobre derechos humanos, para garantizar, en particular, que nadie sea sometido a la pena de muerte, a tortura, ni a cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante.

A este respecto es preciso señalar que la Unión Europea ha celebrado hasta el momento cuatro acuerdos con Estados de la región para la entrega de piratas, en concreto, con Kenia, Seychelles, Mauricio y, el más reciente, con Tanzania suscrito el pasado 1 de abril de 2014.

La citada acción común ha sido modificada, hasta la fecha de pronunciar estas palabras, en cuatro ocasiones<sup>29</sup>:

La primera tuvo lugar en virtud de la Decisión 2009/907/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2009, y su finalidad principal fue extender el mandato de la operación ATALANTA: por un lado permitiendo que la fuerza naval de la Unión Europea contribuya también a la supervisión de las actividades pesqueras frente a las costas de Somalia, y, por otro, ampliando la operación hasta el 12 de diciembre de 2010. La segunda se llevó a cabo por la Decisión 2010/437/PESC del Consejo, de 30 de julio de 2010, y su novedad más significativa fue que suprimió el límite espacial de las 500 millas marinas frente a las costas de Somalia y de los países vecinos que figuraba en la redacción originaria como zona operacional de las fuerzas navales desplegadas en el océano Índico, al constatar que los piratas habían ampliado sus actividades a zonas marítimas situadas más allá de esas 500 millas. Además, adecuó las citas del articulado del Tratado de la Unión Europea a la última versión consolidada de este e incorpora, junto al Consejo, al alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (AR), en el más alto nivel de responsabilidad del control político y la dirección estratégica de la operación militar de la UE. La tercera modificación de la Acción Común fue llevada a cabo por la Decisión 2010/766/PESC del Consejo, de 7 de diciembre de 2010.

Como novedades más relevantes, destacamos las siguientes:

- Ampliación de la perseguibilidad a los actos preparatorios y formas imperfectas de ejecución.

Si en su redacción originaria, el mandato a la operación ATALANTA para capturar, retener y entregar a los presuntos piratas (artículo 2.e, de la Acción Común), con vistas a su ulterior enjuiciamiento, se limitaba a *las personas que hayan cometido o sean sospechosas de haber cometido*

---

29 Ver nota siguiente.



*actos de piratería o robos a mano armada*, en su nueva redacción incluye también a *las personas sospechosas de tener la intención de cometer y de estar cometiendo* dichos delitos. Es decir, mientras que en su redacción originaria, el artículo 2.e) de la Acción Común parecía exigir que el delito de piratería se hubiera consumado para poder capturar y entregar a la justicia a los presuntos delincuentes, tras su modificación, permitiría también la detención y entrega de quien tan solo sea sospechoso de realizar actos preparatorios del delito de piratería, y también de quien lo haya intentado sin éxito. En definitiva, amplía el referido mandato a la proposición, la conspiración y la provocación (actos preparatorios), así como a la tentativa y el delito frustrado (formas imperfectas de ejecución) de piratería o de robo a mano armada.

En el mismo sentido se modifica el artículo 12.1, en el que se contienen los principios para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales sobre las personas capturadas y retenidas por su vinculación con la piratería.

- Introducción de reglas para la identificación y el seguimiento de los presuntos piratas.

Se incluyen dos nuevos apartados en el artículo 2 de la Acción Común:

El *h)* contiene el mandato, dirigido a la fuerza actuante en la detención, de recoger datos de las personas implicadas en el delito de piratería –en alguna de las formas señaladas en el artículo 2 e)–, *relativos a características que puedan servir para identificarlas, tales como las impresiones dactilares.*

El *i)* da participación a la Interpol para la investigación y el seguimiento tanto de la piratería como de su posible vinculación con otros delitos internacionales (tráfico de armas, terrorismo...).

- Posibilita y regula el intercambio de información clasificada en el teatro de las operaciones. Prorroga la operación ATALANTA hasta el 12 de diciembre de 2012.

La cuarta se llevó a cabo por la Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012<sup>30</sup>. Entre las novedades que introduce cabe destacar las siguientes:

- Amplía la zona de operaciones de ATALANTA para incluir las aguas interiores somalíes y el territorio costero: en consecuencia, da nueva redacción al artículo 1, a los apartados a), c) y f) del artículo 2 y al artículo 12.

---

30 Con posterioridad a pronunciarse esta conferencia y hasta el momento de entrega para su publicación, se han aprobado otras dos modificaciones: la primera por la Decisión 2014/827 (PESC) del Consejo, de 21 de noviembre de 2014, y la segunda por la Decisión 2016/713 (PESC) del Consejo, de 12 de mayo de 2016. En ellas, además de prorrogarse la operación ATALANTA hasta el 12 de diciembre de 2016, se amplían sus misiones secundarias.

- Introduce un nuevo apartado (al que se le asigna ahora el número 2) en el artículo 12, que contempla un nuevo supuesto y una nueva regla para el ejercicio de la jurisdicción. El supuesto se refiere a cuando las personas sospechosas de cometer, estar cometiendo o haber cometido actos de piratería sean capturadas por las fuerzas de ATALANTA en aguas territoriales, aguas interiores o aguas archipelágicas de un Estado de la región, con la conformidad del mismo, distinto de Somalia. La regla para este supuesto es que las personas sospechosas capturadas y los bienes que hayan servido para cometer tales actos, podrán ser entregados a las autoridades competentes del Estado ribereño, o, con el consentimiento de dicho Estado, a las autoridades competentes de otro. También en este caso, para que pueda realizarse la entrega a otro Estado, será de aplicación el requisito previsto en el apartado 3 (antiguo 2) del artículo 12, consistente en que se hayan acordado con ese Estado las condiciones de la entrega de manera conforme con el Derecho internacional, en especial sobre derechos humanos, para garantizar, en particular, que nadie sea sometido a la pena de muerte, a tortura, ni a cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante<sup>31</sup>.
- Se prorroga la operación ATALANTA.

31 La nueva redacción completa del citado artículo 12 es la siguiente:

*«Entrega de las personas capturadas y retenidas para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales*

*1. En virtud de la aceptación por parte de Somalia del ejercicio de su jurisdicción por Estados miembro o terceros Estados, por una parte, y en el artículo 105 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por otra, las personas sospechosas de tener intención de cometer, en el sentido de los artículos 101 y 103 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de estar cometiendo o de haber cometido actos de piratería o robos a mano armada en aguas territoriales o aguas interiores de Somalia o en alta mar, que sean capturadas y retenidas para el ejercicio de procedimientos judiciales, así como los bienes que hayan servido para cometer esos actos, serán entregados:*

*- a las autoridades competentes del Estado miembro o del tercer Estado que participe en la operación cuyo pabellón enarbole el buque que haya realizado la captura, o*

*- si dicho Estado no puede o no desea ejercer su jurisdicción, a un Estado miembro o a un tercer Estado que desee ejercerla sobre las personas o bienes mencionados.*

*2. Las personas sospechosas de tener intención, en el sentido de los artículos 101 y 103 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de cometer, de estar cometiendo o de haber cometido actos de piratería o robos a mano armada, que sean capturadas y retenidas, para el ejercicio de procedimientos judiciales, por Atalanta en aguas territoriales, aguas interiores o aguas archipelágicas de otro Estado de la región de conformidad con dicho Estado, así como los bienes que hayan servido para cometer tales actos, podrán ser entregados a las autoridades competentes del Estado en cuestión, o, con el consentimiento de dicho Estado, a las autoridades competentes de otro.*

*3. Ninguna de las personas a que se refieren los apartados 1 y 2 podrá ser entregada a un tercer Estado si las condiciones de dicha entrega no han sido acordadas con ese tercer Estado de manera conforme al Derecho internacional aplicable, especialmente las normas internacionales sobre derechos humanos, para garantizar en particular que nadie sea sometido a la pena de muerte, a tortura ni a ningún otro trato cruel, inhumano o degradante.»*

## 5. LOS RESULTADOS DE LA LUCHA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL CONTRA LA PIRATERÍA EN EL ÍNDICO OCCIDENTAL Y EL GOLFO DE ADÉN

Los esfuerzos relatados en los anteriores apartados no han caído en saco roto y pese a las enormes dificultades de la lucha contra la piratería en esta amplísima y sensible zona del planeta, con una superficie superior a los 7 millones de Km<sup>2</sup>, por la que transitan más de 23.000 buques al año, poco a poco van produciendo sus frutos, claramente visibles en lo que a la disminución de la actividad pirata se refiere, gracias, principalmente a la eficacia de la lucha en la mar protagonizada por los buques de guerra y aeronaves militares de las operaciones ATALANTA de la Unión Europea, Allied Protector y Ocean Shield de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, de la Fuerza Combinada de Operaciones 151 de las Fuerzas Marítimas Combinadas (TASK FORCE 151) y de otros Estados que actúan a título individual, sin olvidar los buenos resultados que ha dado el embarque de personal de seguridad privada a bordo de buques mercantes y de pesca, a la hora de frustrar los ataques de los que han sido objeto<sup>32</sup>.

Limitándonos a los datos de los últimos cuatro años, mientras que en el año 2010 fueron secuestrados cuarenta y cinco buques, en el año 2012, únicamente fueron secuestrados siete, siendo el último el petrolero de bandera de Liberia SMYRNI, ocurrido el 10 de mayo de 2012 y desde entonces hasta el momento actual si bien ha habido intentos de asalto, han sido todos repelidos. Permanecen, no obstante, 39 personas secuestradas todavía por grupos piratas, todas de origen asiático.

Por lo que se refiere al enjuiciamiento y condena de los responsables de piratería, los datos no son tan optimistas y es mucho más lenta la evolución del índice de sospechosos de piratería que son sometidos a la acción de la justicia. Aunque poco a poco va aumentando, actualmente apenas llega al 20% el número de los presuntos piratas capturados por las fuerzas navales que son finalmente enjuiciados (unos 1.300).

---

32 Según especifica la nota informativa del EMAD, de fecha 18 de septiembre de 2012, el descenso en la actividad pirata se achaca, principalmente, a los siguientes factores:

- La presión de la presencia naval en la zona, materializada por las agrupaciones navales y destacamentos de aviones de patrulla marítima de la Unión Europea, de la OTAN, y de una coalición de países liderados por Estados Unidos, además de algunas pequeñas agrupaciones de buques de otras naciones.
- La adopción de medidas defensivas por parte de la industria comercial marítima, entre las que se encuentra evitar las zonas más peligrosas, aumentar la velocidad de tránsito o medidas de defensa física en los buques para impedir el acceso de los piratas.

La principal de las medidas anteriores: el embarque a bordo de muchos de los buques (se habla de aproximadamente la mitad de los que transitan o faenan por la zona) de equipos de seguridad privada armados con armamento portátil.

Hasta el momento, se han producido hostigamientos a multitud de buques, pero los que tienen a bordo equipos de seguridad han repelido con éxito los ataques, y ni uno solo de ellos ha sido secuestrado hasta la fecha.

### III. EL DELITO DE PIRATERÍA EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y JURISDICCIONALES

#### 1. LA REINTRODUCCIÓN DEL DELITO DE PIRATERÍA EN EL CÓDIGO PENAL POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010: BREVE ANÁLISIS DE LOS TIPOS DELICTIVOS. CRÍTICA

Ya en el año 2007, unos meses antes del secuestro del pesquero «Playa de Bakio», la Armada propuso la reintroducción del delito de piratería en nuestro Código Penal. Tras quince años ausente del Derecho penal sustantivo español, el delito de piratería marítima fue reintroducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de julio<sup>33</sup>, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, reforma que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, una vez transcurrido el período de *vacatio legis* de seis meses previsto en la disposición final séptima de aquella. La reforma introduce un nuevo capítulo, el V (Delito de Piratería), en el Título XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional) del libro segundo (Delitos y sus Penas), del Código Penal, bajo el enunciado *Delito de Piratería*, compuesto de dos artículos, cuyo contenido es el siguiente:

*Artículo 616 ter: El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.*

*En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.*

*Artículo 616 quáter: 1. El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra, o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del Estado español y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.*

*2. Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión.*

*3. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.*

El tipo penal descrito en el artículo 616 ter ha sido criticado por algún sector doctrinal, tanto por apartarse de la definición de piratería del Convenio de

<sup>33</sup> Publicada en el BOE nº 152, de 23 de junio de 2010.

Jamaica, como por su excesiva amplitud<sup>34</sup>. Desde nuestro punto de vista, aunque es cierto que el nuevo tipo delictivo prescinde del *propósito personal*, como elemento subjetivo del tipo, y no limita la posibilidad de cometer piratería a la alta mar y a los espacios no sujetos a la jurisdicción de ningún Estado, extremos en los que difiere de la fórmula contenida en el artículo 101 de la CNUDM, hay que reconocer que el tipo penal español consigue, con una fórmula sencilla, mantener la esencia del delito de piratería, inspirándose en el Derecho internacional consuetudinario, el Derecho comparado y nuestro Derecho histórico, al tiempo que permite su adaptación a la importante evolución que en estos momentos se está produciendo en el Derecho Internacional del Mar, en relación con este delito y otros afines contra la seguridad marítima.

El tipo penal aprobado, además de contemplar el delito de piratería en nuestras propias aguas, tiene la virtud de responder a la evolución del Derecho del Mar. Prescinde del siempre confuso (además de indeterminado y de muy difícil prueba) elemento subjetivo «*propósito personal*» e incluye las conductas básicas introducidas por la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima<sup>35</sup>. Además, evita limitar la piratería a determinados espacios marítimos, permitiendo por tanto su persecución no solo en los espacios a los que se refiere el artículo 101 de la Convención de 1982 (alta mar y espacios marítimos no sometidos a jurisdicción de ningún Estado), sino también, lógicamente, en nuestro territorio, aguas interiores y mar territorial, así como en los espacios autorizados por las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (por ejemplo, en el mar territorial de

---

34 En tal sentido, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, en su trabajo *Problemas jurídico-penales e internacionales del crimen de piratería (una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional)*, ob. cit., págs. 187 a 222, se formula la pregunta de si la nueva tipificación en el Derecho penal español no desnaturaliza el crimen internacional de piratería al no respetar la definición del artículo 101 de la CNUDM-1982, aunque admite que hay que ser consciente de lo inadecuada y anticuada que resulta la definición convencional y consuetudinaria de la piratería.

Por su parte, J.A. FERNÁNDEZ RODERA en *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 435 a 438, manifiesta que el texto difiere radicalmente del Convenio de Jamaica de 1982 y además daría lugar a considerar piratería lo que pudieran ser simples robos o daños en espacios de soberanía (mar territorial y aguas interiores). Propone que se incluya como elemento subjetivo del tipo el ánimo de lucro propio o ajeno u otro propósito personal, así como que se limiten los espacios marítimos en los que se puede cometer el delito de piratería a los siguientes: alta mar, espacio no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, zona económica exclusiva, zona contigua, u otro espacio marítimo respecto del que así se determine en convenio, acuerdo o instrumento jurídico internacional. Estas propuestas fueron incorporadas en una enmienda presentada por el Grupo Popular, durante la tramitación en el Senado del proyecto de ley, que no resultó finalmente aprobada.

35 Como señala el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, la razón de ser de esta reforma radica en la necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, y se conforma recogiendo los postulados del Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del Mar y de la Convención sobre la navegación marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.

Somalia, como permite el párrafo 10 de la Resolución 1846/2008 ) o en virtud de convenios bilaterales o multilaterales, presentes y futuros.

El tipo penal aprobado en España responde en definitiva, con bastante aproximación, al mandato contenido en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas comentadas anteriormente, por las que se exhorta a los Estados para que tipifiquen la piratería en su legislación interna y consideren favorablemente la posibilidad de enjuiciar, en los casos apropiados, a los presuntos piratas, de conformidad con las disposiciones aplicables del Derecho internacional, al tiempo que recuerdan que el Convenio de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima («Convenio SUA») dispone que las partes podrán tipificar delitos, establecer su jurisdicción y aceptar la entrega de personas responsables o sospechosas de haberse apoderado o haber ejercido el control de un buque mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación. Ha de advertirse que el Convenio SUA, a diferencia de la CNUDM, ni limita los espacios marítimos en los que se pueden cometer los actos delictivos que tipifica (entre los que se incluyen las acciones típicas de la piratería), ni exige que el autor de las conductas típicas actúe movido por un propósito personal o cualquier otro ánimo determinado, sino simplemente que las acciones sean ilícitas e intencionadas.

En cuanto a las críticas relativas a la excesiva amplitud del nuevo tipo español de la piratería, cabe señalar que este, como ocurre con la mayoría de los tipos penales<sup>36</sup>, se limita a describir la acción típica, pero ella sola no es suficiente para integrar el delito. Deberán concurrir los demás elementos básicos del delito –antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad– regulados en el Título Preliminar y en el Libro I del Código Penal.

Por lo que se refiere al artículo 616 quáter, dentro también del capítulo dedicado a la piratería, contiene un tipo específico, íntimamente relacionado con ella, como es la desobediencia o el ataque del buque pirata al buque de guerra o aeronave militar (u otro buque o aeronave de Estado autorizados para la prevención y persecución de la piratería), técnica que permitirá su enjuiciamiento aunque se produzca fuera de nuestras aguas, lo que no ocurriría si se prescindiera de dicho tipo especial y se consideraran englobadas tales conductas en los tipos generales de los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, la resistencia y la desobediencia (capítulo II del Título XXII del Código Penal), los cuales no gozan de la consideración de delitos de persecución universal en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

---

36 Sin ir más lejos, el tipo básico del homicidio se define en el artículo 138 del Código Penal, según una fórmula ya clásica en nuestro Derecho, simplemente como: *El que matare a otro*. Fórmula sin duda mucho más amplia y simple que la utilizada en el artículo 616 ter para describir la acción típica de la piratería marítima.

Naturalmente, a la hora de determinar la competencia de nuestros órganos judiciales y del enjuiciamiento de cada uno de estos delitos, deberán tenerse en cuenta no solo nuestras normas internas en su conjunto, sino también la regulación contenida en los instrumentos internacionales vinculantes para España.

En España han sido ya juzgados seis piratas a los que se ha aplicado el nuevo tipo de piratería<sup>37</sup>, en relación con el intento de asalto al buque de guerra «Patiño», ocurrido el 12 de enero de 2012. La sentencia de la Audiencia Nacional, de 30 de octubre de 2013, condenó a los seis, como autores: de un delito de piratería en grado de tentativa a la pena de 5 años y un día de prisión y de un delito de tenencia y depósito de armas de guerra a la pena de tres años de prisión, en ambos casos con las accesorias legales. Solo uno de ellos fue condenado además como autor de un delito de integración o pertenencia a organización criminal a la pena de 4 años y 6 meses de prisión.

Recurrida en casación dicha sentencia por las partes, el Tribunal Supremo, por Sentencia de 2 de abril de 2014, estima uno de los motivos de casación invocados por el Ministerio Fiscal y casa parcialmente la sentencia en el sentido de apreciar que el delito de piratería se produjo en grado de consumación, pues se causaron daños en el buque de la Armada por el disparo de armas de fuego, elevando en consecuencia las penas por el delito de piratería a todos los encausados de 5 años y un día a 10 años y un día de prisión. En sus consideraciones, el Alto Tribunal se expresa de forma muy favorable a la tipificación de la piratería en nuestro Código Penal.

Con anterioridad a dichas sentencias, se produjo la condena de otros dos piratas que habían participado en el secuestro del buque de pesca español «Alakrana» en el mes de octubre de 2009, si bien en aquel caso la condena no pudo ser por delito de piratería, toda vez que en el momento de cometerse el delito todavía no había sido aprobada la reforma que lo introdujo en nuestro Código Penal. Los delitos finalmente apreciados (tras ser casada la sentencia de la Audiencia Nacional por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de diciembre de 2012) fueron uno de asociación ilícita, treinta y seis de detención ilegal, y uno de robo con violencia, imponiéndose a cada uno de los piratas un total de 403 años de prisión.

---

37 Con posterioridad a pronunciarse esta conferencia, fueron condenados, por sentencia de la Sala de lo Penal (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional de fecha 2 de febrero de 2015, otros seis somalíes por sendos delitos de piratería de los artículos 616 ter y 616 quáter del Código Penal, así como por pertenencia a grupo criminal, a consecuencia del ataque que protagonizaron contra el pesquero español «Izurdia» el día 10 de octubre de 2012. Interpuestos por todos los condenados recursos de casación contra la referida sentencia, fueron desestimados por la Sentencia 134/2016, de 24 de febrero, de la Sala II del Tribunal Supremo.

Además España ha entregado un considerable número de presuntos piratas detenidos por nuestros buques de guerra a Kenia, Seychelles y Francia para su enjuiciamiento.

## 2. LA REFORMA DEL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES

Asistimos en el momento actual a una grave polémica a raíz de la reciente reforma de la justicia universal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

Aunque por sí sola esta cuestión merecería una conferencia específica, o casi mejor un seminario completo, no puedo dejarla pasar por alto, pues también afecta a la piratería y a los demás delitos contra la seguridad marítima.

Desde luego es digno de análisis que hasta el año 2009 el contenido del apartado 4 del artículo 23 de la LOPJ se limitara a unas diez líneas con la enumeración de los ocho delitos de persecución universal, a las que la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, añadió las siguientes *líneas más*:

*Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.*

*El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.*

Mientras que la actual reforma le dedica a dicho apartado más de cuatro páginas de BOE. No voy a entrar a valorar aquí la reforma tanto por razones de tiempo como porque necesariamente habría de incurrir en valoraciones políticas, algo que nos está vedado a los militares en activo. Sí creo, en cambio, que debo incidir, por su relevancia para el objeto de esta conferencia, en el apartado d) que se introdujo por vía de enmienda en el Congreso de los Diputados, a cuyo tenor:



*Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:...d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.*

Lo que ha hecho el legislador es, de forma acorde con el Derecho internacional, dedicar un apartado específico a todos los delitos (incluido el tráfico de estupeficientes) cometidos en los espacios marinos y que cuentan con una regulación internacional, estableciendo la competencia de la jurisdicción española en todos los supuestos previstos o permitidos en los instrumentos internacionales de aplicación en España. Y ello porque a diferencia de lo que ocurre con los espacios terrestres, sometidos todos ellos a la soberanía de un determinado Estado, la gran mayoría de los espacios marinos son ajenos a las soberanías territoriales estatales, rigiéndose por un estatuto puramente internacional, lo que justifica tanto que los criterios de atribución de jurisdicción no puedan ser los mismos cuando se cometen en territorios soberanos que cuando se cometen en los espacios marítimos, como la remisión en bloque al Derecho Internacional del Mar a la hora de determinar la jurisdicción competente para conocer y enjuiciar un determinado delito cometido en la mar. No creemos que fuera una buena técnica normativa que nuestra LOPJ tuviera que repetir miméticamente las complejas reglas de jurisdicción que en relación con los espacios marítimos ya se contienen en los Tratados internacionales y demás instrumentos jurídicos vinculantes para España en materia de piratería, delitos contra la seguridad de la navegación marítima, tráfico de estupeficientes y de armas o trata de seres humanos, a algunas de las cuales hemos hecho referencia a lo largo de esta conferencia.

A nuestro juicio, la fórmula utilizada por el legislador, además de sencilla y correcta es la única que podía asegurar la necesaria armonización entre el Derecho interno y el Derecho Internacional del Mar de aplicación en España, permitiendo su permanente actualización ante eventuales cambios normativos que pudieran producirse en el ámbito internacional, sin incurrir en antinomias o lagunas.

Creo que los jueces centrales y la mayoría de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no han valorado suficientemente el referido apartado d) del artículo 23.4 LOPJ en sus recientes autos de sobreseimiento y puesta en libertad de

presuntos traficantes de estupefacientes en la mar y confío, al igual que el presidente de la Sala y los dos magistrados que han formulado voto particular, así como el Ministerio Fiscal, en que nuestro Tribunal Supremo sí formule el alcance del mencionado apartado en términos acordes con el Derecho del Mar al resolver los recursos de casación interpuestos<sup>38</sup>.

## IV. CONCLUSIONES

1. La piratería constituye uno de los más graves delitos contra la seguridad marítima, mostrando una gran fuerza expansiva y vinculaciones con las redes de delincuencia internacional.
2. Si bien a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar hay que reconocerle el mérito de constituir un marco normativo universal sobre los espacios marítimos, sin embargo, como admiten algunos documentos de la propia ONU, resulta incompleto, insuficiente y asistemático a la hora de abordar y tratar las amenazas o riesgos emergentes contra la paz y la seguridad marítima, entre ellos la piratería, probablemente porque en las fechas en las que se redactó y aprobó, muchos de dichos riesgos no habían adquirido la dimensión actual.
3. Las importantes carencias de la Convención de 1982 en relación con los asaltos y secuestros de buques y plataformas en la mar, así como con la toma de rehenes, han tenido que ser suplidas con la Convención SUA y su Protocolo, así como, en el caso de Somalia, por sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que han promovido nuevas acciones, muchas de contenido jurídico. No obstante, se han visto condicionadas por los límites generales derivados de aquella Convención, lo que aconsejaría su urgente revisión.

---

38 Efectivamente, tan solo unos días después de pronunciarse esta conferencia, la Sala II del Tribunal Supremo ha fijado doctrina –a mi juicio con pleno acierto– para la correcta interpretación del apartado d) del artículo 23.4.LOPJ, al resolver con rapidez los bien fundamentados recursos de casación formalizados por el Ministerio Fiscal. Nos referimos a sus Sentencias: 592/2014, de 24 de julio; 593/2014, de 24 de julio; 755/2014, de 5 de noviembre; 810/2014, de 3 de diciembre; 847/2014, de 5 de diciembre, y 866/2014, de 11 de diciembre.

Muy resumidamente, la doctrina contenida en las referidas sentencias del Tribunal Supremo es la siguiente:

- El apartado d) es norma especial y de aplicación preferente a los apartados i) o p) cuando el delito se detecte en espacios marinos.

- En los casos de delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cometidos en medios marinos, el apartado d) del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial confiere jurisdicción a las autoridades españolas para el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbore el pabellón de otro Estado, siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco (artículo 17.3 y 4 de la Convención de Viena de 1988). Esta competencia supone, lógicamente, la del enjuiciamiento de los imputados en caso de que se trate de buques sin pabellón, o resulte este ficticio. Cuando se trate de naves con pabellón legítimo, la competencia para el enjuiciamiento será la del país de bandera de forma preferente, y solamente de forma subsidiaria la del país que llevó a cabo el abordaje y la inspección.

4. La lucha contra la piratería de Somalia se lleva cabo en la mar por los buques y aeronaves de guerra, con notable éxito, pero las causas hay que buscarlas y abordarlas en tierra, con soluciones integrales en orden a reconstruir el Estado, reforzar sus instituciones y dotarle de un ordenamiento jurídico y un sistema económico sostenible que proporcione sustento y medios de vida dignos a su población. Además hay que localizar e interceptar los flujos financieros ilícitos de la piratería y juzgar a sus responsables.

5. A corto plazo, una de las mayores preocupaciones de la Comunidad Internacional la constituye el enjuiciamiento y encarcelamiento de los presuntos piratas, pues pese a ser la piratería un genuino delito de persecución universal con múltiples puntos de conexión, ningún Estado quiere asumir esa carga individualmente, salvo simbólicas excepciones, lo que está produciendo el indeseado efecto de que la mayoría de los piratas detenidos por los buques de guerra tengan que ser puestos nuevamente en libertad, una vez desarmados y decomisados los instrumentos para cometer los delitos.

6. España, con su relevante participación en las operaciones ATALANTA, OCEAN SHIELD y EUTM-Somalia, está cumpliendo con brillantez sus obligaciones con la Comunidad Internacional en la lucha contra la piratería en el golfo de Adén y el océano Índico occidental. También con la reintroducción de la piratería en el Código Penal, la ratificación de los Protocolos SUA-2005 y con la asunción del enjuiciamiento de un número ya apreciable de presuntos piratas, aun cuando quedan algunas tareas pendientes para la completa adaptación de nuestra normativa interna a los compromisos internacionales asumidos. Principalmente: la tipificación de la conspiración y proposición del delito de piratería, así como de la facilitación y participación voluntaria en la utilización de un buque o aeronave pirata y la completa tipificación de los delitos contra la seguridad marítima definidos en el Convenio y Protocolo SUA tras las enmiendas de 2005.

7. Aunque el objetivo final es el de aumentar la responsabilidad somalí y su participación activa en las medidas para enjuiciar a los presuntos piratas, no parece que a corto plazo sea viable la constitución de tribunales de justicia especializados de Somalia, ni siquiera de carácter extraterritorial, por lo que la opción que parece cobrar más fuerza hasta la consecución de dicho objetivo es encomendar el enjuiciamiento de los piratas a cortes especiales constituidas en uno o varios Estados de la región. En cuanto al encarcelamiento, los piratas condenados serían transferidos a Somalia, Somalilandia y Putlandia, con garantía de respeto a los derechos humanos y previos la construcción de los necesarios centros penitenciarios, para lo que está colaborando intensamente la UNODC.

Muchas gracias por su atención.



# EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LOS CRÍMENES DE GUERRA

Conferencia pronunciada por  
D. Abraham Martínez Alcañiz  
en la Real Academia de  
Jurisprudencia y Legislación, el  
18 de febrero de 2015.  
Capitán auditor del Cuerpo  
Jurídico Militar.  
Doctor en Derecho.  
Secretario de la Sección de  
Derecho Militar de la Real  
Academia de Jurisprudencia y  
Legislación.  
Profesor del Centro de Estudios  
de Derecho Internacional  
Humanitario de la Cruz Roja.

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales finalidades de la Sección de Derecho Militar de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación es divulgar, en el ámbito científico jurídico, las normas que rigen las instituciones militares, las cuales, como no podía ser de otra forma, pertenecen a nuestro ordenamiento jurídico. Resulta menester resaltar el honor que me alberga al poder participar, mediante la presente conferencia, de tales encomiables propósitos, sobre todo en lo relacionado con el Derecho militar, pues constituye el *corpus iuris* que diariamente aplican e interpretan, en sus diversas funciones, los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, al cual pertenezco. Los muros que conforman esta prestigiosa Sala han presenciado como ilustres juristas de todo orden han expuesto sus ideas o pensamientos sobre determinadas materias del derecho. Este hecho refuerza el sentimiento y el orgullo de poder conferenciar sobre la materia

referida, que fue objeto de estudio de mi tesis doctoral. Por ello, en estas primeras palabras quisiera agradecer, por un lado, a la Sección de Derecho militar, de la cual soy miembro, la posibilidad de compartir con el auditorio mis pensamientos jurídicos sobre el tema referido, y por otro lado, a los directores de mi tesis doctoral, a saber, el profesor Rodríguez-Villasante y Prieto y la profesora Gil Gil, ya que sin su ayuda y dedicación no podría haber finalizado el meritado trabajo de investigación.

Dichas estas palabras, sin más tiempo de mediar, lo primero que tenemos que hacer es averiguar la conexión que guardan el principio de justicia universal, los crímenes de guerra y el Derecho militar. Algunos pensarán lo lejano que queda el Derecho militar de este título jurisdiccional y de los crímenes de guerra, pero resulta todo lo contrario, pues existen nexos relevantes que los vinculan. Desde antaño las leyes penales militares fueron las depositarias de hacer cumplir las violaciones a los principales convenios internacionales concernientes al Derecho internacional humanitario y al Derecho internacional de los conflictos armados. No es de extrañar este hecho, puesto que, a diferencia de lo que ocurre actualmente, anteriormente los miembros de las Fuerzas Armadas eran quienes estaban legitimados para combatir. Por ello, los posibles excesos o abusos que pudieran cometer en el seno de un conflicto armado que fuera constitutivo de una violación de una norma del *ius in bello* podía ser reprimida por los estados beligerantes que tuvieran en su poder al responsable. Este viejo título jurisdiccional, al que podemos calificar como principio de beligerancia, era el principal mecanismo para hacer cumplir las meritadas normas del Derecho internacional humanitario. Lo expuesto se reflejó en el primer Convenio de Ginebra, de 22 de agosto de 1864, para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña, en cuyo art. 8 se establecía que:

*«Los comandantes en jefe de los ejércitos beligerantes fijarán los detalles de ejecución del presente Convenio, según las instrucciones de sus respectivos Gobiernos y conforme a los principios generales enunciados en el mismo».*

La norma internacional antedicha reconoció determinados derechos sobre los heridos, enfermos, material y medios sanitarios, sin embargo no enumeró los comportamientos prohibidos ni estableció mecanismos para hacerse cumplir la norma. En realidad, no existía sanción alguna por la violación de las normas fijadas en este instrumento internacional, ni siquiera la obligación de perseguirlas, quedando todo el sistema de eficacia del Derecho internacional humanitario relegado a posteriores instrucciones o protocolos que pudieran dictar los comandantes en jefe de cada Ejército. Quedaba, pues, a la voluntad de las partes contendientes incriminar ciertas conductas atentatorias contra los principios básicos de humanidad que regían en los conflictos armados. Esta labor fue asumida por la legislación de naturaleza militar. El famoso Código de *Francis*

*Lieber*, de 24 de abril de 1863, o también llamado Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla (Orden General Nº 100), constituyó una de las normas castrenses más relevantes de la época, no sin olvidar nuestro Reglamento para el Servicio de Campaña de 1882, norma que también regulaba en los art. 848 y ss., principios éticos propios del Derecho ginebrino, siendo, por lo tanto, una norma avanzada en la época. El quebrantamiento de las normas referidas, en nuestro ordenamiento jurídico, estaba castigado en el Código de Justicia Militar de 1890 y en el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888. Posteriormente, el Convenio de Ginebra, de 6 de julio de 1906, para mejorar la suerte de los militares heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, ya contempló un capítulo dedicado a la represión de los abusos y de las infracciones, concretamente, el art. 28 disponía que:

*«Los Gobiernos signatarios se comprometen igualmente a adoptar o a proponer a sus Poderes Legislativos, en caso de insuficiencia de sus leyes penales militares, las medidas necesarias para reprimir, en tiempo de guerra, los actos individuales de pillaje y los malos tratos realizados en las personas de los heridos y enfermos de los ejércitos, así como para castigar, como usurpación de insignias militares, el uso indebido de la bandera y del brazal de la Cruz Roja por militares o particulares no protegidos por el presente convenio».*

Mediante este tratado internacional las partes se comprometían a adoptar las medidas necesarias para reprimir una serie de infracciones del Derecho internacional humanitario, eso sí, con serias limitaciones. La primera de ellas radicaba en que solamente se reprimirían aquellas infracciones concernientes al pillaje y maltrato de heridos y enfermos, quedando fuera del ámbito de protección la población civil y los prisioneros de guerra, salvo que estos últimos fuesen heridos o enfermos; igualmente, se podían reprimir ciertos actos de perfidia. La segunda consistía en que las actuaciones tendentes a reprimir estas conductas solamente podían acaecer en tiempo de guerra. La última limitación radicaba en que no se imponía una obligación internacional *per se* para perseguir estas infracciones, sino un compromiso de tener un sistema legal penal militar óptimo que permitiese reprimirlas.

Por último, se aprobó el Convenio de Ginebra, de 27 de julio de 1929, para la mejora de la suerte de heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, significándose que este tratado mejoró la protección de los heridos y enfermos en campaña, toda vez que en el art. 29 se indicó que:

*«Los Gobiernos de las Altas Partes Contratantes tomarán y propondrán igualmente a sus respectivos cuerpos legisladores, en caso de insuficiencia de sus leyes penales, las medidas necesarias para reprimir, en tiempo de guerra, todo acto contrario a las disposiciones del presente convenio».*

La protección se extendió a cualquier comportamiento contrario al tratado internacional, pero este hecho no puede hacernos olvidar que únicamente era para los heridos y enfermos en campaña, durante el tiempo de guerra y sin imponerse obligación alguna a los estados para perseguirlas, limitándose el instrumento internacional a fijar un compromiso de las partes de tener una legislación penal apropiada para reprimir las merítadas infracciones del Derecho internacional humanitario. En conclusión, desde tiempo atrás el Derecho militar ha estado especialmente vinculado con el Derecho internacional humanitario, y con ello, con los crímenes de guerra, al ser los principales sujetos activos de dichos comportamientos punibles los miembros de las Fuerzas Armadas de las partes contendientes. La persecución de estos injustos se encomendó a los estados beligerantes, hallándonos, pues, ante el principio de beligerancia, el cual ha evolucionado hasta dar lugar, como veremos más adelante, a la justicia universal, pudiendo, incluso, sostener que este principio ha venido a desplazar, aunque no ha eliminar del todo, el viejo principio de beligerancia. Esta afirmación se sustenta en que todavía nuestro ordenamiento jurídico regula el principio de beligerancia en el art. 13.4 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, al disponer que en tiempo de conflicto armado y en el ámbito que determine el Gobierno, además de lo dispuesto en el artículo anterior, la jurisdicción militar se extenderá a los siguientes delitos y faltas: todos los cometidos por prisioneros de guerra. Sea como fuere, no podemos dejar de lado las actuales Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en adelante, ROFAS), aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, las cuales vienen a establecer que nuestras Fuerzas Armadas en el curso de cualquier operación militar se ajustará a las normas del Derecho internacional humanitario (art. 85 y 106 de las ROFAS). Este imperativo ha determinado que aunque nuestros militares no se hallen incurso en un conflicto armado, situación *de facto* que implica el recurso de la fuerza armada entre dos estados o aquella situación de violencia armada prolongada entre fuerzas gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos o entre sí, según ha sostenido constantemente la jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia y recientemente la Corte Penal Internacional, cualquier tipo de operación militar en la que participen se regirán por los postulados capitales del Derecho internacional humanitario, a saber, el principio de distinción (art. 111 de las ROFAS), el principio de humanidad (art. 85 de las ROFAS) y el principio de proporcionalidad (art. 114 de las ROFAS). Estos principios pertenecen al Derecho consuetudinario. En suma, la vulneración de los referidos principios en tiempo de conflicto armado podrá dar lugar a la comisión de crímenes de guerra, mientras que en tiempo de paz, lo más probable, es que nos hallásemos bien ante delitos comunes o delitos militares que estarían tipificados en el Código Penal Militar.



Así pues, a la vista de estas primeras palabras podemos apreciar la vinculación existente entre el Derecho militar y el Derecho internacional humanitario, al cual pertenecen los crímenes de guerra y, en parte, el principio de justicia universal, al ser un medio idóneo para hacer cumplir las normas del *ius in bello*, perteneciendo, pues, al sistema de eficacia del Derecho internacional humanitario.

## II. SISTEMA DE EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Los ordenamientos jurídicos nacionales gozan de unos mecanismos propios para hacer cumplir la ley, bajo la amenaza de sanción en caso de incumplirse las obligaciones legales impuestas o de cometerse conductas prohibidas a la misma. El incumplimiento de la norma queda salvaguardada, en última instancia, por los tribunales de justicia nacionales, quienes determinarán si la conducta es merecedora o no de sanción, haciéndose cumplir el ordenamiento jurídico doméstico y trasladándose a los ciudadanos la idea de que es eficaz, quedando protegidos frente a aquellas conductas que son injustas. Ahora bien, estas ideas no pueden trasladarse plenamente al Derecho internacional, al cual pertenece el Derecho internacional humanitario, ya que en esta rama del derecho las instituciones que pueden hacer eficaz el cumplimiento de la norma internacional quedan restringidas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en relación a aquellas situaciones que amenazan la paz y seguridad internacional, y a los tribunales internacionales de justicia que los estados voluntariamente han decidido someterse.

El Derecho internacional humanitario prevé un sistema de eficacia para hacer cumplir sus normas y, en caso contrario, poder sancionar su incumplimiento. El sistema elaborado se asienta en tres pilares básicos, la prevención, el control y la sanción. Esta conferencia se centrará en este último pilar, a saber, la sanción o represión, significando que existen dos mecanismos para ello. El primero es la justicia penal internacional y el segundo la justicia penal nacional, en la que se encuentra incardinado el principio de justicia universal.

## III. TEORÍA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL

### 1. TÍTULOS JURISDICCIONALES APLICABLES PARA LA PERSECUCIÓN DE DELITOS

Los Estados para hacer eficaz su sistema penal ostentan una serie de títulos jurisdiccionales a fin de enjuiciar los delitos tipificados en su ordenamiento, siendo el de territorialidad, el de personalidad, el de protección de intereses y el de justicia universal. El principio de territorialidad se caracteriza porque

el Estado puede juzgar aquellos comportamientos punibles cometidos en su territorio, siendo indiferente que el sujeto activo y/o pasivo no sean nacionales suyos, lo relevante en cualquier caso es el *locus delicti*. Así pues, podemos apreciar que existe un nexo entre el delito y el Estado, a saber, el lugar donde se cometió la infracción punible. El principio de personalidad puede dividirse en activo o pasivo, el primero es aquel por el que un Estado puede enjuiciar aquellos delitos cometidos por sus nacionales, dando igual que la conducta se haya llevado a cabo en el extranjero y contra no nacionales; de otra parte, el segundo, será aquel título jurisdiccional por el que el Estado puede juzgar los delitos cometidos contra sus nacionales, siendo también indiferente el territorio donde se hayan cometido los ilícitos. Este título jurisdiccional nos introduce en la extraterritorialidad de la ley penal, es decir, la potestad que tiene un Estado para extender más allá de sus fronteras su ley penal, incluso a conductas cometidas en el extranjero contra personas no súbditas. Asimismo, el nexo entre el Estado y el delito lo constituye la nacionalidad del responsable o de la víctima. El principio de protección de intereses es aquel por el que un Estado puede juzgar aquellos delitos que atentan contra sus intereses esenciales, resultando indiferente el lugar de comisión del delito y los responsables del mismo, por lo que constituye otro supuesto de extraterritorialidad de la ley penal. Este título jurisdiccional contiene un nexo entre el Estado y el delito, a saber, los bienes jurídicos esenciales del estado puestos en peligro o lesionados.

Todos los títulos jurisdiccionales referidos pertenecen al Derecho consuetudinario, pues los Estados los han reconocido definitivamente en sus ordenamientos jurídicos, estando además contemplados en diversos tratados internacionales. Una característica común a todos ellos radica en que concurre un vínculo o nexo entre el delito cometido y el Estado que pretende juzgarlo, pudiendo resultar por el *locus delicti*, la nacionalidad de la víctima o del responsable o por el bien jurídico nacional protegido. Sin embargo, el principio de justicia universal se caracteriza por todo lo contrario, es decir, por no contener vínculo alguno entre el delito y el Estado que pretende enjuiciarlo, lo que ocasionará una extensión de la ley penal nacional más allá de cualquier situación normal.

En este orden de ideas, el título jurisdiccional preferente para enjuiciar todo comportamiento punible es el de territorialidad, toda vez que resulta más sencillo para el Estado encontrar pruebas en el lugar del delito, por cuestiones de eficacia de la pena, tanto desde el punto de vista de la prevención general como especial y por la menor incidencia que pudiera tener en la soberanía nacional de terceros Estados la investigación de ciertos delitos. En defecto de este principio jurisdiccional podrían resultar preferentes el de personalidad y, posteriormente, el de protección de intereses, eso sí, dependiendo de la finalidad del comportamiento punible. Si el injusto cometido tenía por objeto

atentar contra personas de una determinada nacionalidad, prevalecería el de personalidad pasiva, pero si el fin era menoscabar un bien jurídico esencial de un Estado, sería preferente el de protección de intereses, por lo que habrá que analizar caso por caso cada situación.

Llegados a este punto, no podíamos olvidarnos de otro título jurisdiccional característico de los ordenamientos jurídicos de naturaleza germánica, a saber, el principio de justicia supletoria. Este principio, aunque no podemos afirmar que pertenezca al Derecho consuetudinario, resulta relevante para comprender la evolución del principio de justicia universal, dado que aquel ha convergido con este último, confeccionándose, así, una modalidad característica del principio de justicia mundial, la justicia universal supletoria, con base en la cual se pueden perseguir ciertos delitos internacionales. El principio de justicia supletoria constituye una clara muestra de colaboración y cooperación en la represión de los delitos, toda vez que en aplicación de este título jurisdiccional el Estado en donde se encuentra el responsable de un delito lo puede enjuiciar, siempre que ningún otro con una jurisdicción preferente lo haga, bien por estar impedido o por no tener interés alguno. Las diferencias entre este principio y el de justicia universal son las siguientes:

- a. El principio de justicia supletoria puede aplicarse para perseguir cualquier delito, el de justicia universal no.
- b. El Estado que aplica el principio de justicia supletoria lo hace en representación de otro Estado, mientras que el Estado que aplica la justicia universal lo hace en representación de la comunidad internacional, pues los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar pertenecen al orden internacional.
- c. La fuente del principio de justicia supletoria lo constituyen los tratados internacionales, mientras que la fuente de la justicia universal está constituida además de por tratados internacionales por la costumbre internacional, como ha sucedido con la persecución del genocidio.

## 2. ORIGEN DE LA JUSTICIA UNIVERSAL

Desde el prisma filosófico la aplicación del principio de justicia universal ha sido proclamado por diversos autores con base, normalmente, en la naturaleza del comportamiento punible. Grocio manifestó que *«todos los soberanos tienen derecho a castigar no solo los agravios hechos a ellos o a sus súbditos, sino también aquellos que no les conciernen, particularmente, cuando suponen una enorme violación del derecho de la naturaleza o del derecho de gentes, hacia quienquiera»*; igualmente, Covarrubias sostuvo que *«cualquier príncipe o juez está obligado a dar a cada uno su derecho, que es este el oficio de la justicia,*

*que manifiestamente procede de la ley natural y que tiene fuerza universal (...) reservándose solamente a aquellos comportamientos que son tan graves que su impunidad, a causa del grave escándalo, sirva de insigne ejemplo y de prevención a futuros delitos a cualquier República y, por último, que servirá de detrimento a todas las naciones».* Efectivamente, el elemento que desde antaño ha nutrido a los juristas para justificar la extensión de la ley penal nacional más allá de sus fronteras, sin la concurrencia de nexo alguno con el delito, ha sido la naturaleza del injusto penal cometido, ora trayendo a colación la tesis del Derecho natural ora la de la gravedad del delito. Estas teorías actualmente resultan indeterminadas e imprecisas, al no concretarse qué entendemos por Derecho natural o por conductas graves, siendo preferible acudir al concepto de crimen internacional, el cual otorgará la justificación legal oportuna para aplicar el título jurisdiccional universal, todo ello con base en el bien jurídico protegido.

Ahora bien, el lugar de comisión de ciertos delitos también ha servido para justificar el principio cosmopolita, nos referimos al delito de piratería. Este ilícito perteneciente al *ius gentium* ha constituido durante mucho tiempo el paradigma de delito sobre el que puede aplicarse la justicia universal, pues se entendía que los actos de depredación propios de la piratería se realizaban en un espacio marítimo no sometido a jurisdicción alguna, a saber, la alta mar. Por ello, al no pertenecer a ningún Estado dicho espacio marítimo se consideró que cualquiera podría juzgarlo, sin necesidad de que existiera nexo alguno entre el acto pirata y el Estado que pretendía juzgarlo.

En definitiva, el origen del principio de jurisdicción universal puede encontrarse en la gravedad de la conducta reprochable y la del lugar de comisión del delito, habiendo ayudado estas teorías a construir la naturaleza actual de la justicia universal.

### 3. ANTECEDENTES DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Derecho internacional humanitario, como veremos posteriormente, hasta la aprobación de los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, no reguló en sus tratados el principio de justicia universal. El sistema de represión de las violaciones de las normas del Derecho ginebrino se reservaba a las partes beligerantes, quienes en aplicación de sus leyes penales militares podían reprimirlas. Ninguno de los Convenios de Ginebra de 1864, 1909 y 1929 contempló la justicia universal, lo que sí regularon fue el principio de beligerancia, mediante el cual los estados beligerantes podían enjuiciar las violaciones a las leyes y usos de la guerra cometidos por los enemigos que tuvieran en su poder, sin perjuicio del propio derecho de juzgar a los nacionales,

algo evidente y razonable. Los Estados creyeron que este sistema de represión era suficiente para garantizar la eficacia de los tratados, pues los estados implicados eran los principales afectados por las violaciones cometidas y quienes mejor título jurisdiccional ostentaban. No en vano, a mediados del siglo XIX todavía no había instrumento internacional alguno que contemplase el principio de justicia universal para la persecución de crímenes de guerra. Pero los dramáticos acontecimientos ocurridos en el siglo XX, nos referimos a la Primera Guerra Mundial, ilustraron a la sociedad internacional de la escasa voluntad de los Estados de reprimir tales violaciones, sobre todo cuando se trataba de juzgar a sus nacionales. Un claro ejemplo de ello fueron los denominados juicios de Leipzig, en donde se enjuiciaron algunos, no todos ni mucho menos, de los crímenes de guerra cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas del Imperio alemán.

Aun así, no podemos negar la importancia de estos antecedentes, pues la comunidad internacional se percató de la necesidad de que los Estados tuvieran perfectamente tipificados aquellos comportamientos que infringían lo dispuesto en los referidos tratados internacionales. Igualmente, los instrumentos internacionales relativos a la conducción de las hostilidades, los denominados Convenios de la Haya, tampoco regulaban el principio de justicia universal, ni siquiera imponían obligación alguna a las partes beligerantes de perseguir las infracciones de las leyes y usos de la guerra. Este silencio convencional fue suplido por la doctrina, particularmente, por el Manual de Oxford de 1880, en donde se estipuló que las partes beligerantes podrían juzgar cualquier violación de las leyes y usos de la guerra, siempre y cuando tuvieran en su poder al transgresor. Dicho esto, resulta obligado significar que lo dispuesto en el Manual de Oxford no se implementó posteriormente en el Convenio de la Haya, de 29 de julio de 1899, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, ni tampoco en el Convenio de la Haya, de 18 de octubre de 1907, siendo ello un desacierto que posteriormente ha sido subsanado.

#### **4. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA DE LA JUSTICIA UNIVERSAL**

##### **4.1. Concepto**

Este principio podemos definirlo como aquel que atribuye potestad a los tribunales nacionales para juzgar determinados comportamientos punibles que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos del orden internacional, que afectan a la paz y seguridad internacional y a los derechos humanos, con independencia de la nacionalidad del responsable y de la víctima y de que el mismo no se haya cometido en su territorio.

## 4.2. Características

De la definición propuesta podemos deducir las siguientes características, a saber:

- a. No existe vínculo alguno entre el delito y el Estado que pretende perseguirlo.
- b. No puede aplicarse este título jurisdiccional a cualquier delito, pues es necesario que el injusto menoscabe o ponga en peligro bienes jurídicos del orden internacional, tales como la paz y seguridad internacional, lo que significa que los crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales sean las infracciones punibles que pueden estar sujetas a este principio jurisdiccional.
- c. Al protegerse mediante la aplicación de este principio bienes jurídicos del orden internacional, que pertenecen a toda la comunidad, el ejercicio de la justicia universal consistirá en una *actio popularis* a favor de los intereses mundiales.
- d. No puede argumentarse en contra de este principio la injerencia en asuntos internos de un Estado, por una simple razón, los bienes jurídicos que pretenden salvaguardarse no pertenecen exclusivamente al Estado, sino a toda la comunidad internacional.
- e. Al tratarse de un caso de extensión de la ley penal nacional más de allá de la soberanía territorial, sin nexo o vínculo alguno con el delito, la aprobación de estas normas domésticas no puede ir en contra del Derecho internacional, es decir, no debe existir norma alguna del *ius gentium* que prohíba esta medida; asimismo, para hacer eficaz la norma doméstica más allá de las fronteras soberanas también resultará necesario que exista una norma internacional, bien convencional o consuetudinaria, permisiva, es decir, que faculte al Estado a ejecutarla.
- f. Con la aplicación de este principio se consigue hacer comparecer al responsable de un crimen o delito internacional ante la justicia, evitándose la impunidad del mismo, eso sí, debiendo ser sometido a un proceso penal con todas las garantías procesales básicas de cualquier Estado civilizado, todo ello para satisfacer el sistema de eficacia del Derecho internacional humanitario, particularmente, en la persecución de crímenes de guerra.

## 4.3. Naturaleza

La aplicación del principio de justicia universal, normalmente, ha hecho tambalear los cimientos de las relaciones internacionales entre los Estados, puesto que han sido muchos los procedimientos penales, en aplicación de este título jurisdiccional, en los que se ha imputado a líderes políticos o militares

la comisión de diversos crímenes internacionales. Esto ha propiciado que nos encontrásemos ante *shows* judiciales que llamaron la atención de los Estados más influyentes de la comunidad internacional, siendo alertados de que la utilización de este principio podría afectarles en el futuro. Todo lo contrario sucedía cuando se aplicaba este principio jurisdiccional para perseguir a los responsables de delitos internacionales que no ostentaban cargo público relevante alguno, como por ejemplo traficantes de drogas o terroristas. Dicho esto, el principio de justicia universal fue visto como una herramienta que podía erosionar las relaciones internacionales entre el Estado que lo aplicaba y el Estado del responsable que era investigado penalmente, al entender que su utilización determinaba cierta intromisión en asuntos internos del Estado, actos de por sí proscritos por el Derecho internacional. En este estado de ideas, consideramos necesario abordar la naturaleza de este título jurisdiccional, simplemente, para ofrecer una posición razonada y lógica de la necesidad y obligación, en ciertos casos, de aplicarlo sin que ello suponga ningún tipo de espectáculo ni suponga un perjuicio para las relaciones internacionales.

En primer lugar, el principio de justicia universal es un título jurisdiccional «excepcional». Esto significa que únicamente se aplica para enjuiciar determinados delitos, a saber, los crímenes internacionales, tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra y también en relación a ciertos delitos internacionales, como por ejemplo la tortura y algunos actos de terrorismo transnacional. La comisión de un delito común u ordinario, que no afecte al orden internacional, no justificaría, *prima facie*, la aplicación de este título jurisdiccional. Este aserto se fundamenta en el hecho de que este principio ha sido configurado para perseguir infracciones penales concernientes a la comunidad internacional, es decir, que el injusto menoscabase valores capitales de la sociedad que cualquier Estado tendría el derecho de perseguir, al verse también afectado por tal comportamiento. Este tipo de infracciones perjudica un bien jurídico concreto *in abstracto*, el orden internacional, de ahí que el ejercicio de este título jurisdiccional suponga una *actio popularis*, una acción en nombre de toda la comunidad internacional, pues el delito perseguido afecta a todo el orbe internacional. Partiendo de esta premisa, resulta evidente que un homicidio o asesinato de un ciudadano no menoscaba los valores antedichos, ya que este injusto no pone en peligro la paz o seguridad internacional o el conjunto de derechos humanos. Cosa distinta podría suceder si el asesinato es de un presidente de Estado, es decir, de una persona internacionalmente protegida, en cuyo caso nos hallaríamos ante un delito internacional, toda vez que el injusto cometido está prohibido por el *ius gentium* y menoscaba la seguridad internacional, pudiendo incluso poner en riesgo la paz internacional en el supuesto de que el asesinato estuviera fomentado por las autoridades de otro Estado. En definitiva, la excepcionalidad

de la justicia universal se fundamenta en la naturaleza del injusto y su gravedad, toda vez que solamente los crímenes y delitos internacionales deberían ser perseguidos mediante este título jurisdiccional.

En segundo lugar, este principio es «subsidiario», pues los Estados preferentes para perseguir un crimen o delito internacional son los del *forum delicti comissi*, los de la nacionalidad de las víctimas o los de la nacionalidad del responsable. A veces los tratados internacionales regulan una jurisdicción concurrente, lo que significa que pueden existir diversos procedimientos penales contra una misma persona con base en distintos títulos jurisdiccionales, pero, en cualquier caso, llegado un momento, deberá determinarse qué jurisdicción es la preferente, existiendo un solo procedimiento penal que enjuicie al presunto responsable, a fin de respetarse el principio *non bis in ídem*. Igualmente, hay ocasiones en que la comunidad internacional crea tribunales penales internacionales para enjuiciar las graves violaciones del Derecho internacional humanitario, siendo estos órganos judiciales preferentes respecto de la jurisdicción nacional de los Estados, por lo que el principio de justicia universal tampoco prevalecería frente a la justicia penal internacional. En defecto de todos los principios antedichos podría hacerse valer el principio de justicia universal, de ahí su naturaleza subsidiaria.

Por último, nos hallamos ante un título jurisdiccional que podría calificarse de «*ultima ratio*», al aplicarse en los siguientes supuestos:

- a. Cuando el Estado del *locus delicti* no tiene intención alguna de perseguir los crímenes cometidos en su territorio, ya que suele ser usual que hayan sido cometidos por agentes gubernamentales con conocimiento o consentimiento del Gobierno.
- b. Cuando el Estado es incapaz, por la situación en la que se encuentra, de poder articular un procedimiento penal justo e imparcial para enjuiciar los crímenes o delitos internacionales cometidos en su territorio, quedando los perjudicados huérfanos de toda protección penal que proteja su dignidad y seguridad.

#### **IV. LOS CONVENIOS DE GINEBRA, DE 12 DE AGOSTO DE 1949 Y EL PROTOCOLO ADICIONAL I, DE 8 DE JUNIO DE 1977**

##### **1. REFLEXIONES INICIALES**

La evolución del Derecho internacional humanitario ha estado marcada indudablemente por los sucesivos conflictos armados que han assolado nuestro hábitat. Sin embargo, la Segunda Guerra Mundial marcó un hito inigualable, pues las principales víctimas de la contienda armada ya no



eran los combatientes, sino la población civil. La destrucción causada por los métodos de combate utilizados alcanzó límites insospechados, arrasándose ciudades completas sin distinguirse en ningún momento entre objetivos militares y población civil, dado que las ciudades en sí mismas eran consideradas como un objetivo militar. De todo lo anterior se deduce que las normas del Derecho internacional humanitario existentes fueron insuficientes para proteger a las víctimas de la contienda armada, pero, además, no había un sistema de eficacia que hiciera considerar a las Partes el respetar las normas existentes que les eran aplicables en el momento. Estas causas propiciaron la aprobación de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, los cuales tienen por finalidad proteger a las víctimas de los conflictos armados, a saber, la población civil, los heridos, los enfermos, los náufragos y los prisioneros de guerra, estableciéndose unos principios de humanidad básicos e imperativos que deben ser respetados principalmente por las Partes beligerantes, aunque el resto de Estados parte también tienen obligaciones que cumplir, sobre todo en relación con el sistema de eficacia del Derecho internacional humanitario impuesto en estos tratados.

Los principios configuradores del Derecho internacional humanitario contenidos en los Convenios de Ginebra ostentan la naturaleza de normas de *ius cogens*, teniendo a su vez una eficacia *erga omnes*, dado que la práctica totalidad de los Estados han ratificado estos instrumentos internacionales. Los convenios prohíben en los art. 50 del CGI, 51 del CGII, 130 del CGIII, 147 del CGIV y 85 del Protocolo I Adicional una serie de comportamientos que han sido calificados como infracciones graves del DIH, constituyendo las conductas más reprochables en casos de conflicto armado internacional; pero aun así, también se prohíbe cualquier otra conducta contraria a los convenios, ex art. 49 párrafo 3º del CGI, 50 párrafo 3º del CGII, 129 párrafo 3º del CGIII y 146 párrafo 3º del CGIV, debiendo las Partes contratantes hacerla cesar en todo caso. Teniendo en cuenta lo antedicho, la comunidad internacional decidió incorporar dentro del sistema de eficacia el principio de jurisdicción universal para la represión de las infracciones graves del Derecho internacional humanitario, para evitar que los comportamientos punibles más infames quedasen sin enjuiciar.

## **2. PECULIARIDADES DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL PARA CRÍMENES DE GUERRA CONTEMPLADA EN LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949**

La relevancia de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 radica en que se instauró un principio de justicia universal obligatorio, primario, concurrente y absoluto, totalmente distinto al resto de tratados internacionales

que contemplan este título jurisdiccional, lo que determina una serie de obligaciones que los Estados parte deben cumplir, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1 común a los Convenios de Ginebra que establece que:

*«Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas circunstancias».*

Consideramos oportuno transcribir la regulación que hacen los Convenios de Ginebra, de manera común y uniforme, sobre la justicia universal en el párrafo 2º de los art. 49 del CGI, 50 del CGII, 129 del CGIII y 146 del CGIV, los cuales disponen que:

*«Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si esta ha formulado contra ella cargos suficientes».*

## **2.1. Jurisdicción obligatoria**

Los Estados parte tienen una obligación que cumplir en virtud del principio *pacta sunt servanda*, regulado en el art. 26 de la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los tratados, a saber, buscar a los responsables de haber cometido u ordenar cometer cualquiera de las infracciones graves del DIH previstas en los convenios, para hacerlas comparecer ante sus tribunales, según se desprende del propio tenor de la norma internacional. Esta obligación de represión universal se reafirma por lo establecido en el art. 1 común a los Convenios de Ginebra que manifiestan el compromiso de los Estados de *«respetar y hacer respetar»* los mismos. Cualquier interpretación de la norma internacional antedicha debe partir de los criterios configurados en el art. 31 de la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los tratados, por lo que la buena fe y el sentido normal y corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en su contexto, teniendo en cuenta su objeto y fin, constituyen los presupuestos de dicha interpretación. Pues bien, lo lógico y razonable es entender que las Partes contratantes tienen una obligación que cumplir, la cual no puede omitirse o limitarse por la norma estatal si con ello se menoscaba el fin y objeto del tratado, que no es otro que hacer comparecer ante los tribunales a los responsables de cometer u ordenar la comisión de cualquiera de las infracciones graves del Derecho internacional humanitario. El incumplimiento

del mandato referido podría dar lugar a la responsabilidad internacional del estado, al incumplirse una obligación internacional.

## 2.2. Jurisdicción primaria

La primera actuación que debe realizar todo Estado parte es buscar al responsable de cometer u ordenar cometer las infracciones graves del Derecho internacional humanitario y, en segundo lugar, si lo prefiere, podrá extraditarlo, si está en su poder, a otro Estado que haya formulado cargos contra el mismo, o incluso ante un tribunal penal internacional. Lo relevante es que no nos hallamos ante una jurisdicción subsidiaria que actúa en defecto de las preferentes o de una supletoria que lo hace en representación de otro Estado que es incapaz o no tiene voluntad de juzgar un hecho punible. Todo lo contrario, nos encontramos ante una jurisdicción primaria que vincula a todos los Estados y determina que cada uno de ellos tenga el deber de iniciar las actuaciones pertinentes para buscar al responsable, sin necesidad de esperar algún acontecimiento que justifique su proceder. Igualmente, esta característica no es un corolario de la regla *aut dedere aut iudicare*, ya que al no requerirse la ausencia de extradición para ejercerse jurisdicción penal, esta debe aplicarse preferentemente, antes incluso que la propia extradición, la cual sería subsidiaria. Sea como fuere, el Estado tendría el derecho de elección sobre si prefiere juzgar al responsable o extraditarlo, siempre que exista un Estado que haya formulado cargos penales contra el mismo.

## 2.3. Jurisdicción concurrente

La norma internacional estipula que cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido o mandado cometer cualquiera de las infracciones graves. El mandato está dirigido a cada Estado parte, no a uno en concreto o a otros que puedan tener vínculos o nexos con el delito. Por ello, si un Estado tiene conocimiento de la comisión de una infracción grave del Derecho internacional humanitario deberá iniciar una causa penal para investigarla. El problema de este tipo de jurisdicción consiste en que por un mismo hecho punible puede que estén conociendo diversos estados a la vez, poniéndose en peligro el principio *non bis in idem*. Aun así, se llegará a un momento en que solamente un Estado será el preferente para juzgarlo, significándose que lo normal es que el Estado del *locus delicti* sea el preferente, y posteriormente el Estado de la nacionalidad de la víctima y del responsable, aplicándose, pues, la justicia universal como *ultima ratio* en la persecución de estos injustos.

## 2.4. Jurisdicción absoluta

Esto conlleva que no se exija para iniciar un procedimiento penal la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarle, pues el objeto de los tratados es buscar al responsable para hacerle comparecer ante los tribunales de justicia. Lo que no se permite es juzgar en ausencia al responsable, al conculcarse determinados derechos del justiciable. Si la comunidad internacional hubiese entendido ineludible incluir la presencia del responsable como presupuesto para aplicar la justicia universal lo habría hecho, al igual que sucedió en el convenio de 1929 de falsificación de moneda o en el de 1937 de represión del terrorismo. No hubo olvido alguno, simplemente consideraron que ciertos crímenes internacionales no podían quedar sin represión, por lo que no se requirió ningún presupuesto jurisdiccional para ello. El enjuiciamiento podría ser llevado a cabo por cualquier Estado, toda vez que el hecho ilícito afectaba a la comunidad internacional en su conjunto y no a los Estados en particular. La doctrina está dividida en torno a esta cuestión. En nuestra opinión, los meritados Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 no requieren la presencia del responsable en el territorio, por lo siguiente:

- a. Los convenios contemplan una jurisdicción universal obligatoria sin condición alguna para aplicarse.
- b. La finalidad de los convenios es proteger a las víctimas de los conflictos armados. Para conseguir este propósito se ha establecido un sistema de eficacia que prevé como uno de sus pilares la sanción de toda infracción grave del Derecho internacional humanitario, a modo de prevención general y especial. Toda interpretación que limitase esta finalidad pondría en peligro su objeto.
- c. Incluir en la normativa nacional el requisito de que esté presente el responsable en el territorio para iniciar un procedimiento penal desnaturalizaría la finalidad de los convenios. Además, instrumentos jurídicos tales como la extradición o la orden europea de detención y entrega quedarían vacías de contenido, pues su finalidad no es otra que hacer comparecer a los responsables ante los tribunales de justicia cuando se hayan refugiados en otros Estados para buscar su impunidad.
- d. Por último, los mismos convenios nos recuerdan la no necesidad de que se halle presente en el territorio el responsable para enjuiciarlo, toda vez que en los art. 49 del CGI, 50 del CGII, 129 del CGIII y 146 del CGIV se faculta a los Estados a extraditar al responsable de cometer u ordenar cometer cualquiera de las infracciones graves del Derecho internacional humanitario a otro Estado que haya formulado cargos contra el mismo. En suma, la entrega del responsable a otro Estado que ha formulado cargos contra el mismo supone la existencia de un proceso penal previo que se inició estando ausente

aquel, por lo que los convenios no requieren la presencia del responsable en el territorio para proceder a buscarle o enjuiciarle, recordándose que, en cualquier caso, en la fase del juicio oral si será necesaria su presencia.

## **V. CRÍMENES DE GUERRA SUJETOS A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL**

Los crímenes de guerra son aquellos comportamientos que violan gravemente una norma de Derecho internacional humanitario que impone la correspondiente responsabilidad penal, poniendo en peligro o lesionando bienes jurídicos del orden internacional, vinculados con la paz y seguridad internacional y con los derechos humanos, encontrando su origen y represión en el Derecho internacional, sin perjuicio de que posteriormente los Estados los hayan tipificado en su legislación penal doméstica.

Existen diversas clases de crímenes de guerra, a saber, por su contexto existen crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales y otros cometidos en conflictos armados no internacionales; por sus consecuencias jurídicas existen infracciones graves del Derecho internacional humanitario, otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario y las contravenciones al mismo; y por su naturaleza existen crímenes de guerra de responsabilidad colectiva y crímenes de guerra aislados u ordinarios.

### **1. INFRACCIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

La excepcionalidad de la jurisdicción universal determina que solamente los comportamientos punibles que afectan al orden internacional puedan ser perseguidos universalmente. Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el Protocolo I Adicional de 1977 enumeraron una serie de conductas prohibidas denominadas infracciones graves del Derecho internacional humanitario, cuyo desvalor no es mayor que otras igualmente prohibidas, como sucede con los comportamientos vedados del art. 3 común, pero cuyas consecuencias jurídicas sí difieren notablemente respecto de otra serie de crímenes de guerra. Nos referimos, esencialmente, a que tales infracciones graves serán los únicos crímenes de guerra sujetos a la justicia universal obligatoria, primaria, concurrente y absoluta de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Las infracciones graves se caracterizan por lo siguiente:

- a. Son crímenes internacionales, pues están tipificados en el art. 8.2.a) del Estatuto de Roma.
- b. Son crímenes de guerra, ex art. 85.5 del Protocolo I Adicional de 1977.

- c. Solo pueden cometerse en conflictos armados internacionales, incluyéndose las situaciones de ocupación militar.
- d. Solo pueden cometerse contra las personas y bienes protegidos por los Convenios de Ginebra.
- e. Pertenecen a un sistema de *numerus clausus*, al estar expresamente enumeradas en los art. 50 del CGI, 51 del CGII, 130 del CGIII, 147 del CGIV y 85 del Protocolo I Adicional de 1977.
- f. Están sujetos a la jurisdicción universal obligatoria, primaria, concurrente y absoluta prevista en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

## 2. VIOLACIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Estos comportamientos punibles también son considerados como crímenes de guerra, según se dispone en el art. 8.2.b) y e) del Estatuto de Roma, ostentando igual desvalor que las infracciones graves del Derecho internacional humanitario, pero su comisión conlleva unas consecuencias jurídicas diferentes, toda vez que para estos injustos no rige la jurisdicción universal obligatoria, primaria, concurrente y absoluta de los Convenios de Ginebra, sino una justicia universal facultativa, es decir, queda a la voluntad de los Estados el perseguir estos crímenes de guerra cuando tenga conocimiento de los mismos, no existiendo, pues, una obligación propiamente dicha. Ahora bien, en aras de satisfacerse el principio de complementariedad del Estatuto de Roma los Estados parte deberían ejercer su jurisdicción primaria para investigar tales crímenes de guerra, no obstante, en caso contrario y siempre que reúnan la gravedad suficiente la Corte Penal Internacional podría también juzgarlos. Esta última opción debería ser el último mecanismo en aplicarse, ya que la jurisdicción nacional es primaria y preferente para juzgar los crímenes de guerra cometidos. Igualmente, resulta conveniente significar que dentro del Estatuto de Roma se han tipificado como otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario auténticas infracciones graves previstas en el Protocolo I Adicional de 1977, hecho criticable ya que deberían estar tipificadas estas conductas en el art. 8.2.a) y no en el b). En cualquier caso, las infracciones graves contenidas en el Protocolo I Adicional de 1977 están sujetas a la justicia universal de los Convenios de Ginebra. Dicho esto, las principales características de estos injustos son las siguientes:

- a. Son crímenes internacionales.
- b. Son crímenes de guerra.
- c. Pueden cometerse tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales.

- d. No están sujetos a la jurisdicción universal de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sino a una justicia universal facultativa.
- e. El sujeto pasivo de estos delitos es más amplio que las infracciones graves, al protegerse también a otras clases de personas, como a los enemigos, como sucede con el crimen de guerra de matar o herir a traición a personas pertenecientes al ejército enemigo.

### 3. CONTRAVENCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Aunque estas contravenciones del Derecho internacional humanitario no son crímenes de guerra *in strictu sensu* y tampoco están sujetas al principio de justicia universal, al no afectar a valores relevantes protegidos por el Derecho internacional, como los derechos humanos o la paz y seguridad internacional, su inclusión en este epígrafe resulta oportuna dada la trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico de dichas contravenciones. Centrándonos en su definición, podemos sostener que serían aquellos comportamientos contrarios al Derecho internacional humanitario que no son ni infracciones graves ni otras violaciones graves, toda vez que no reúnen la gravedad suficiente para ello, por lo que no ostentarían el mismo desvalor que los crímenes de guerra referidos. Estas contravenciones pueden ser sancionadas mediante normas penales, como sucede con el art. 614 del Código Penal español, o en sede disciplinaria, como también sucede con la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas, en su modalidad de inobservancia por imprudencia del Derecho internacional humanitario (falta grave) o inobservancia por imprudencia grave (falta muy grave).

Los propios Convenios ginebrinos amparan la posibilidad de reprimir estas contravenciones mediante sanciones disciplinarias, ex art. 86 del Protocolo I Adicional de 1977. El avance que ha supuesto en nuestro ordenamiento jurídico la aprobación del citado régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, sancionándose aquellas conductas imprudentes contrarias al Derecho internacional humanitario, queda fuera de toda duda. Pensemos que la totalidad de los crímenes de guerra tipificados en nuestro Código Penal deben ser cometidos dolosamente, no habiendo espacio penal alguno para la comisión imprudente en este tipo de delitos. Lo mismo hemos de colegir con respecto al Derecho penal internacional, pues el Estatuto de Roma solo castiga los crímenes de guerra cometidos dolosamente, a excepción de algunos tipos penales en los que podría tener acogida su comisión imprudente, atendiendo a los elementos de los crímenes, nos referimos principalmente al alistamiento de menores de edad para participar activamente en las hostilidades. Así pues, aquellas conductas contrarias al Derecho internacional humanitario cometidas

imprudentemente quedaban normalmente sin castigo, al no ser constitutivas de delito. Ahora, nuestro legislador ha venido a solventar esta situación, toda vez que tales comportamientos imprudentes contrarios al *ius in bello* pueden ser constitutivos de infracción disciplinaria si son cometidas, principalmente, por militares, sin perjuicio de los posibles delitos comunes imprudentes que pudieran haberse cometido.

## VI. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Nuestro legislador ha modificado en diversas ocasiones el principio de justicia universal, hecho que denota la importancia de este título jurisdiccional, pues en el plazo de cinco años lo han modificado en dos ocasiones, con la finalidad, a nuestro juicio, de restringirlo. Ciertamente, los tribunales penales españoles aplicaron este principio para perseguir crímenes y delitos internacionales que no estaban siendo perseguidos por ningún Estado, ni siquiera por el del *locus delicti*. Desde este punto de vista, dicha medida parecía razonable y lógica, atendiendo sobre todo a que la redacción originaria del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no establecía límite alguno a este título jurisdiccional. El problema surgió cuando el uso del mismo se extendió a perseguir a los principales líderes políticos o militares de otros Estados, lo que ocasionó serios problemas de relaciones internacionales a nuestro Estado. Antes de la primera modificación el Tribunal Constitucional sostuvo en el caso Guatemala, STC núm. 237/2005, que la jurisdicción universal era pura o absoluta, no admitiendo requisitos *contra legem*, al no venir impuestos en la ley. Esta afirmación propició que nuestro legislador mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, llevase a cabo la primera restricción seria de este principio (sin tener en cuenta la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional), requiriéndose una serie de presupuestos, a saber, que los responsables se hallasen en nuestro territorio o que existiesen víctimas españolas o que existiera un vínculo entre el delito y nuestro Estado, sin que en ningún caso estuviera conociendo de tales hechos otro tribunal nacional o internacional de manera efectiva.

A pesar de estas limitaciones se demostró que existían situaciones en las que tales requisitos no eran suficientes para evitar la imputación en aplicación de este principio. Por ello, nuevamente, mediante la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, se volvió a modificar el principio de justicia universal, esta vez de una manera mucho más detallada, analizándose delito por delito, aspecto loable, toda vez que no todos los crímenes y delitos internacionales están sujetos al mismo principio de justicia universal, pero restringiéndose de manera



desafortunada y sin justificación alguna la persecución sobre los crímenes de guerra, la cual tiene un sustento normativo internacional imperativo.

## 1. ASPECTOS NEGATIVOS Y POSITIVOS DE LA REFORMA

La finalidad de esta ley ha sido restringir el uso de la justicia universal. Ahora bien, debemos analizar pormenorizadamente el contenido de la ley respecto de los crímenes de guerra, pues podemos observar aspectos negativos y positivos. Con respecto a los crímenes de guerra, su regulación se efectúa en el art. 23.4.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, junto con los crímenes de lesa humanidad y genocidio, cuya redacción es la siguiente:

*«Será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas».*

Los requisitos exigidos son alternativos, no acumulativos.

### 1.1. Aspectos negativos

La primera crítica a la nueva enmienda se circunscribe a que se han introducido en el mismo apartado, exigiéndose idénticos requisitos, diferentes crímenes internacionales que tienen una regulación distinta cada uno de ellos. El genocidio viene regulado en el Convenio de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio, el cual instaura un mecanismo de persecución territorial (tribunales del *locus delicti*) y de justicia penal internacional; de otra parte, los crímenes de lesa humanidad no tienen un convenio particular, y por último, las infracciones graves del DIH están reguladas en los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo I Adicional de 1977, con unas consecuencias jurídicas distintas a los delitos antedichos, como hemos tenido ocasión de ver. La segunda crítica se sustenta en que se requiere que el sujeto activo del delito sea español, lo que conlleva una confusión del principio de personalidad activa con el de universalidad; además, los Convenios de Ginebra no requieren este presupuesto, siendo indiferente la nacionalidad del responsable. En su defecto se requiere que el responsable sea extranjero y resida habitualmente

en España. Nuevamente, los Convenios de Ginebra no exigen tal presupuesto; pero, incluso, no se concreta qué debemos entender por residencia habitual, tratándose pues, *prima facie*, de un concepto jurídico indeterminado, aunque acudiendo a conceptos fiscales encontramos que la residencia habitual concurre cuando un extranjero permanece en España más de 183 días en un año natural. Por último, se exige que el extranjero se encuentre en España y se haya denegado su extradición. Este presupuesto nos conduce a la jurisdicción universal supletoria, cuyo origen se halla en la evolución del principio de justicia supletoria hacia el citado principio de justicia universal. Consideramos que la redacción podría haber sido menos restrictiva si se hubiese utilizado el término de «*si no procede su extradición*», en lugar de la empleada de que se haya denegado la extradición. La redacción actual requiere la existencia de una demanda de extradición, mientras que con la propuesta referida no haría falta, siendo suficiente la ausencia de la misma, tal y como determinan otros tratados internacionales. Estas observaciones denotan la clara restricción de este título jurisdiccional por nuestro legislador, hecho que desnaturaliza la jurisdicción universal de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

### 1.2. Aspectos positivos

Si bien es cierto que la finalidad de la reforma ha sido restringir la aplicación de la justicia universal, podemos observar que en relación a los crímenes de guerra ha ocurrido, sorprendentemente, lo contrario. Los únicos crímenes de guerra que estaban sometidos a la justicia universal obligatoria de los Convenios de Ginebra eran las infracciones graves del Derecho internacional humanitario, las cuales se cometen solamente en conflictos armados internacionales. Ahora, con la reforma operada, nuestros tribunales podrán enjuiciar, si se reúnen los presupuestos del art. 23.4.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cualesquiera de los crímenes de guerra tipificados en los art. 609 a 613 del Código Penal, los cuales comprenden tanto infracciones graves como otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario, siendo indiferente si se han cometido en contiendas armadas internacionales o no internacionales. Aquí se aprecia el avance de nuestro legislador al respecto, al extender la justicia universal a los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales, hecho no previsto en los tratados internacionales, pues no se exige su persecución mediante este título jurisdiccional.

## 2. PROPUESTA PARA SATISFACER LAS EXIGENCIAS DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA

Partiendo de la desnaturalización efectuada por nuestro legislador del principio de justicia universal para los crímenes de guerra, lo normal es que se efectúe

una interpretación de la norma tendente a reducir estos efectos adversos, a fin de ser respetuosos con las obligaciones derivadas del Derecho internacional. Lo anterior resulta posible con base en lo dispuesto en el art. 23.4.p) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que regula una cláusula de salvaguarda del Derecho internacional, al disponerse que:

*«Será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: cualquiera otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos».*

En nuestra opinión, el uso de este apartado resultaría vital para aplicarse la justicia universal de los Convenios de Ginebra sin menoscabarse en lo más mínimo su contenido. Dicho esto, y recordando que el sistema de justicia universal de los referidos Convenios de Ginebra es exclusivo para las infracciones graves del Derecho internacional humanitario, podría sostenerse, aplicando el criterio jurisprudencial establecido en la sentencia de 23 de julio de 2014 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla dos reglas de atribución de jurisdicción distintas y autónomas para perseguir las infracciones graves del Derecho internacional humanitario, el apartado a) que exige unos presupuestos y se refiere *in latu sensu* a los delitos contra las personas y bien protegidos en caso de conflicto armado, y el apartado p), el cual no exige ningún presupuesto, salvo los dispuestos en los propios instrumentos internacionales. Pues bien, si lo que se pretende es enjuiciar aquellas infracciones graves, la regla de atribución jurisdiccional sería la contenida en el apartado p), puesto que no exige requisito alguno y este tipo de infracción no aparece expresamente enumerada en el art. 23.4.a) de la citada ley. Si de lo contrario, lo que se pretende juzgar son otra serie de crímenes de guerra, deberíamos aplicar el apartado a), por lo que en este caso sí se deberían cumplir los presupuestos exigidos. De esta manera estaríamos respetando el contenido de los Convenios de Ginebra. Ahora bien, esta tesis que contiene su justificación en la referida sentencia del Tribunal Supremo, ha podido quedar vacía de contenido, toda vez que la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 2015, no la admite. La justificación dada por esta resolución judicial, a nuestro juicio, pudiera dar lugar a alguna observación crítica, pues niega dicha tesis por el mero hecho de considerar que la expresión «cualquier otro delito» se refiere a un delito que no

aparezca previamente enumerado en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, considerando que los delitos contra las personas y bienes jurídicos protegidos en caso de conflicto armado ya están expresamente regulados en el apartado a), de ahí que no proceda aplicarse el apartado p) de la ley citada. Pues bien, en primer lugar, esta resolución judicial se aparta de lo manifestado en la Sentencia de 23 de julio de 2014, en donde posibilitó que el delito de piratería fuese perseguido con base en dos apartados distintos del repetido art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y, en segundo lugar, las infracciones graves del Derecho internacional humanitario no aparecen expresamente enumeradas en el apartado a), a diferencia de lo que sucede en el Estatuto de Roma, donde sí se encuentran perfectamente enumeradas y reguladas. Por ello, no encontraríamos objeción alguna a que tales infracciones graves del Derecho internacional humanitario se pudieran perseguir con base en el apartado p) de la referida ley, satisfaciéndose de esta manera las obligaciones internacionales derivadas de los meritados convenios.

### 3. INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES

Para finalizar, consideramos oportuno referirnos al auto núm. 80 de la Sala de lo Penal en pleno de la Audiencia Nacional, de 15 de diciembre de 2014, en relación al denominado caso de los campos de concentración nazis, en el que se ha llevado a cabo una interpretación, a mi juicio, restrictiva de los Convenios de Ginebra. Pues bien, en el fundamento tercero de la resolución judicial referida se indicó que la aplicación de la justicia universal implementada en los Convenios de Ginebra requieren la presencia del responsable en el territorio, ya que la norma indica que si se prefiere el Estado puede extraditar al responsable a otro Estado, lo que presupondría su presencia. Esta interpretación debe ser matizada. A lo que hace referencia el auto es a la obligación *aut dedere aut iudicare*, lo que determina, evidentemente, la presencia del responsable. La justicia universal es distinta de esta obligación, toda vez que la misma no es un título jurisdiccional en sí mismo y se aplica a cualquier delito, mientras que la justicia universal constituye un título jurisdiccional y solamente debe aplicarse a los crímenes y ciertos delitos internacionales. Pero, además, la interpretación de la Audiencia Nacional es parcial, porque no tiene en cuenta el resto del precepto de la norma internacional que establece que podrá extraditarlo a otro Estado que haya formulado cargos, lo que presupone que existe un procedimiento sin la presencia del responsable. Por ello, como dijimos, la justicia universal instaurada en los meritados convenios es absoluta, no requiriendo la presencia del responsable. Asimismo, el citado auto también indica que el requerimiento de la presencia del responsable ha sido incorporado en otros convenios posteriores sobre la materia, aludiendo a la convención contra la tortura. Nuevamente, la Audiencia

Nacional se equivoca. En primer lugar, no podemos equiparar la tortura, que es un delito internacional, con las infracciones graves del DIH, que son crímenes internacionales; en segundo lugar, no podemos tratar de forma igual un delito que tiene una regulación propia, con un crimen internacional que contempla unos presupuestos y situaciones distintas; el convenio contra la tortura regula una jurisdicción universal territorial y subsidiaria, mientras que los Convenios de Ginebra no, al ser absoluta. Se significa que la reciente resolución de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 2016 ha efectuado una crítica considerable relacionada con la restricción efectuada por nuestro legislador del principio de justicia universal, todo ello a colación del análisis llevado a cabo en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional antedicha. Esto nos conduce a reafirmarnos en nuestra crítica sobre las enmiendas producidas a este título jurisdiccional.



# LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Conferencia pronunciada por el  
general consejero togado (R)  
D. José Luis Rodríguez-Villasante  
y Prieto en la Real Academia de  
Jurisprudencia y Legislación, el  
11 de junio de 2015.  
Doctor en Derecho.  
Académico correspondiente  
de la Real Academia de  
Jurisprudencia y Legislación.  
Director del Centro de Estudios  
de Derecho Internacional  
Humanitario de la Cruz Roja  
Española.

## I. INTRODUCCIÓN

Es para mí un gran honor aceptar la invitación para intervenir en la Sección de Derecho Militar de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de la que formo parte como académico correspondiente, para disertar sobre una materia a la que he dedicado mucho esfuerzo como penalista e internacionalista, pues en su día formé parte de la Delegación del Reino de España en la Conferencia Diplomática de Roma que aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Debo comenzar afirmando que Estatuto de la Corte Penal Internacional significó un paso de gigante en la configuración del fundamento del «ius puniendi» que, ahora, los Estados en buena parte confían a un Tribunal supranacional que no puede prescindir de los fines de la pena: la retribución, la prevención general y especial, así como (la hora de individualizar la pena y ejecutarla) de conceptos tales como el grado de culpa del condenado o el fin resocializador

de la sanción, presididos por el principio de humanidad propio del moderno Derecho penal.

En consecuencia, la determinación de los crímenes de la competencia de la Corte (competencia «ratione materiae») en relación con los denominados «principios generales del Derecho penal» y con el sistema de penas, constituye una de las partes más importantes del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo Estatuto) adoptado el 17 de julio de 1998 en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma desde el 15 de junio al 17 de julio de 1998.

Por otra parte, como ha destacado el embajador Yañez-Barnuevo García, jefe de la Misión Diplomática de España en la Conferencia de Roma, el Estatuto es una norma compleja y extensa (128 artículos) que comprende lo que, en el derecho interno, constituiría al menos el contenido de las normas fundamentales siguientes: un Código Penal, una Ley de Enjuiciamiento Criminal, una Ley Orgánica del Poder Judicial y una Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

Y otro aspecto que dota de especial complejidad al Estatuto es su pretendido ámbito universal («...crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto...», en el Preámbulo), por el esfuerzo que supuso la síntesis de aportaciones provenientes de, por lo menos, dos sistemas de proyección universal: el derecho continental (o romano-germánico) y el sistema anglosajón (o del «common law»), con predominio alternativo de sus respectivas instituciones y no siempre en acertada yuxtaposición.

No han faltado autores que, al estudiar esta mezcla de culturas jurídicas (y pretender tomar lo mejor de cada país) ha conducido a su aniquilación, más que al mutuo enriquecimiento (el peligro del picoteo es la elección de lo peor de cada sistema).

En general podemos afirmar que el sistema penal del Estatuto, salvo el importante tema de la determinación e individualización de las penas que figura en la Parte VII del Estatuto (a continuación del juicio), está dominado por los principios generales del Derecho penal continental aunque su plasmación en el Estatuto está presidida por la técnica topográfica propia de las normas internacionales y por ello la parte dedicada a la tipificación de los crímenes (la parte especial del Derecho penal) se incluye entre los criterios de la competencia por razón de la materia (Parte II), al lado de aspectos procesales (calificados por un recordado internacionalista como la «cámara de los horrores procesales»), como la competencia temporal o la admisibilidad, precediendo con técnica bien ajena a la habitual en la ciencia del Derecho penal a la proclamación de los principios generales del Derecho penal (Parte III).

La mezcla, en ocasiones atropellada, entre ambos sistemas será objeto de crítica en esta exposición, sin perjuicio de no obviar el reconocimiento de los mayores aciertos que presiden el Estatuto.



Ahora bien, el sistema penal del Estatuto no es producto del apresuramiento ni de la improvisación. Si en el año 1998 hemos celebrado el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-1998) y en el año 1999 el cincuenta aniversario de los Convenios de Ginebra (1949-1999), fueron necesarios también casi cincuenta años para que la labor de la «Comisión de Jurisdicción Penal Internacional» para la elaboración del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional permanente, creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1950 (que había presentado en 1994 un proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional y en 1996 el texto de un Código de Crímenes contra la paz y seguridad) fructificase en Roma (17 de julio de 1998) en el Estatuto, sobre un texto básico previamente elaborado por el Comité Especial y, más tarde, por el Comité Preparatorio para la Conferencia Diplomática de Roma, constituido en las Naciones Unidas (Nueva York). Justamente uno de los temas más debatidos en la Conferencia de Roma fue la determinación del ámbito material de la competencia, es decir los crímenes tipificados en el Estatuto, que se redujeron al máximo (los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional) comprendiendo el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, de forma virtual puesto que ha debido esperar a la Conferencia de Kampala (Uganda) en 2010 la definición y condiciones, el crimen de agresión. Se excluyeron, y aún permanecen pendientes, los crímenes de terrorismo y narcotráfico internacional.

En la materia que analizamos debemos tener muy en cuenta el derecho aplicable o fuentes del derecho que, de forma jerarquizada, enumera el artículo 21 del Estatuto.

Hay autores que continúan hablando de un Derecho internacional penal y proponiendo el traslado al ámbito judicial penal de la doctrina de las fuentes del Derecho internacional general. Lo que resulta aceptable en la interpretación de todo tratado internacional, y lo es sin duda el Estatuto de Roma, tiene el límite infranqueable del principio de legalidad penal (como veremos enseguida) a la hora de enjuiciar los crímenes de su competencia. El carácter embrionario de sus precedentes (Nüremberg y Tokio o los constituidos para la ex Yugoslavia o Ruanda en La Haya o Arusha) no debe hacernos perder de vista el paso decisivo que ha dado el Estatuto de Roma al establecer entre los principios generales, no lo olvidemos, del «Derecho penal» (Parte III del Estatuto), el principio «nullum crimen sine lege» en el artículo 22, justamente a continuación del precepto que determina el derecho aplicable (artículo 21). Como destaca la doctrina penal alemana solo el Derecho penal puede convertir una obligación estatal en la responsabilidad de los individuos.

A continuación vamos a examinar los principios generales del Derecho penal proclamados en el Estatuto.

## II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

De la forma más clásica, reconoce el Estatuto en su artículo 22 el principio «nullum crimen sine lege». Se trata, con esta proclamación, de la adopción del principio de legalidad penal o taxatividad («La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía»), tal y como se viene formulando en el sistema continental o romano-germánico, frente a la laxitud propia del Derecho penal anglosajón o «common law», que no satisface las garantías de «lex scripta, praevia, certa y stricta» exigibles como constitucionales en nuestro Estado de derecho.

Ahora bien, para cumplir con el principio de predeterminación normativa (garantía penal de «nullum crimen sine praevia lege penale») hay que construir legalmente la estructura del tipo penal según las reglas de la técnica codificadora criminal, algo muy distinto que la mera plasmación de las prohibiciones o mandatos contenidos en los convenios internacionales. El olvido de este principio fundamental del Derecho penal ha conducido a importantes problemas técnicos que afloran en los sistemas llamados de doble incriminación para el castigo de los crímenes de guerra o en los sistemas penales de incriminación global, habiéndose optado en algunos países por la promulgación de leyes penales internacionales.

De la simple comparación entre la relación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad establecida en los artículos 3 y 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de mayo de 1993) y la tipificación de dichos crímenes determinada en los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma, es forzoso constatar el gran paso adelante que significa el Estatuto en cuanto al respeto de la garantía fundamental del principio de legalidad. Quizás consecuencia de una evolución desde la conceptualización del tipo penal como un simple elemento determinante de la competencia material hasta la proclamación de una garantía penal.

Las garantías penales abarcan en el Estatuto el principio de legalidad (art.22.1), la irretroactividad de la ley penal internacional (art.24), la proscripción de la analogía (art. 22.2) y el principio de imputación subjetiva (art.25).

Como ha escrito con acierto William A. Schabas, la afirmación de la regla «nullum crimen» excluye toda posibilidad de que la Corte pueda ejercer competencia sobre delitos consuetudinarios. En el mismo sentido, se pregunta F. Bueno Arus si determinados principios o la jurisprudencia de la Corte enumerados en el artículo 21 del Estatuto pueden ser normas creadoras de delitos y penas, respondiendo que el penalista entiende que ello no es posible por el carácter constitucionalmente garantista del principio de legalidad. Añade este autor, en conclusión que debe ser compartida, que tales principios, la jurisprudencia

y la costumbre no pueden tener el indicado efecto creador, limitándose a ser normas aplicables para la interpretación o, todo lo más, la integración de las normas escritas. Por mi parte creo que esta postura es la que se deriva de la interpretación literal, sistemática y lógica del artículo 22 del Estatuto, que incluye la prohibición de la analogía y, desde luego, es la única que en España es constitucionalmente posible. Y ello porque, como afirma B. Broomhall, la máxima «nullum crimen sine lege» es un principio fundamental de cualquier sistema de justicia criminal que pretenda apoyarse en el imperio de la ley. Para este autor, el principio proporciona a la Corte la posibilidad de persecución únicamente con respecto a los crímenes que los Estados parte han estipulado clara y exhaustivamente en el Estatuto, concluyendo que este principio general puede llegar a ser relevante para la jurisprudencia de la Corte como parte del derecho aplicable según el artículo 21 del Estatuto.

Implica también la garantía penal (art.23, «Nulla poena sine lege») sin perjuicio de la crítica que pueda merecer la ausencia de una dosimetría penal, pues no se asigna una pena a cada crimen ni se concretan los criterios de individualización de la sanción (agravantes y atenuantes), siguiéndose aquí el sistema anglosajón que impera en el procedimiento. No obstante, en las Reglas de Procedimiento y Prueba se consiguió la aprobación de unos criterios mínimos para la individualización judicial de la pena que, no lo olvidemos, puede extenderse desde un año de prisión a la reclusión perpetua para cualquiera de los crímenes de la competencia de la Corte (arts. 5 a 8 y 77 del Estatuto), por lo que fue fundamental la elaboración de circunstancias atenuantes y agravantes y la limitación de la pena de reclusión a perpetuidad, condicionada a la existencia de una o más agravantes.

La palabra «conducta», empleada en el artículo 22 del Estatuto (principio de legalidad en su vertiente de tipicidad) fue cuidadosamente elegida para comprender no solo los crímenes de acción (comportamiento positivo) sino también la conducta omisiva (son frecuentes los delitos de omisión dentro de los crímenes de guerra cometidos contra personas protegidas) y la comisión por omisión (art.28 que regula la responsabilidad de los jefes y otros superiores por no haber adoptado todas las medidas necesarias para prevenir los crímenes cometidos por sus subordinados).

En segundotérmino, la existencia de tipos abiertos no implica el desconocimiento del principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad pues, frente a los tipos cerrados que hacen una completa descripción fáctica del crimen, los tipos abiertos necesitan ser complementados con elementos normativos. En este sentido la Introducción General de los Elementos de los Crímenes expresa en su apartado 4 que, con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos «inhumanos» o «graves», por ejemplo, no es necesario que el autor

haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa. Cobra aquí especial relevancia la crítica que puede hacerse a la utilización de *conceptos jurídicos indeterminados* así como de *cláusulas generales* en los tipos penales, en cuanto remiten a un juicio valorativo del Tribunal conceptos, acciones y descripciones que deben ser detallados en la norma penal con el rigor exigible.

No merecen mayores precisiones, aunque sí un juicio favorable, la prohibición de la analogía y la consagración normativa del principio «pro reo» («En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena») que contiene el número 2 del artículo 22 del Estatuto.

También se debe destacar que las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal no se formulan de forma exhaustiva, acaso por las dificultades de abarcar todas las que reconocen los muy diversos sistemas penales de los distintos Estados, estableciendo el artículo 31.3 del Estatuto un *numerus apertus* por referencia al Derecho aplicable (art. 21) y un procedimiento para su examen por la Corte, ya determinado por la Regla 80 del Proyecto de Texto Definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba (Doc. N. Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.1,12-7-2000, p. 43), criterio que no vulnera el principio de legalidad penal.

Sin embargo, el crimen de lesa humanidad previsto en el artículo 7.1.k), en su formulación estatutaria, parece apelar a la analogía en la descripción de la acción típica (aunque no en los resultados incriminados: Causar grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud mental o física) pues allí se castigan «otros actos inhumanos de carácter similar». Hay que entender que deben ser similares a los que describe el Estatuto en los restantes tipos de crímenes de lesa humanidad (artículo 7). Es verdad que aquí la analogía solo completa la acción punible y no se extiende a las consecuencias (también típicas), pero hay una extensión analógica que es contradictoria con la terminante prohibición de la analogía establecida en el artículo 22.2 del mismo Estatuto. Y tampoco los Elementos de los Crímenes han servido para resolver esta antinomia, pues al desarrollar este crimen ciertamente residual se estableció: «2. Que ese acto haya tenido un carácter semejante a otro de los actos indicados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto», explicando la nota a pie de página nº 29 que por «carácter» se entiende la naturaleza y la gravedad del acto.

Consecuencia también de la afirmación del principio de legalidad es la formulación en el artículo 24 de la irretroactividad «ratione personae», ya que la irretroactividad procesal figura dentro de los límites temporales a la competencia en el artículo 11 del Estatuto. Se reconoce asimismo en el citado

artículo 24.2 la retroactividad de las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

Un problema que ya se planteó en la Conferencia de Roma, en relación con el principio de irretroactividad, fue la cuestión de los «continuous crimes». Es decir, los delitos permanentes que algunas delegaciones denominan «delitos continuados». Se trata, según el concepto propio del Derecho penal, de aquellos crímenes en los que a consecuencia de la actividad del sujeto se crea un estado antijurídico cuya cesación depende de su voluntad, característica que puede estar incorporada al tipo en los delitos de permanencia absoluta como las detenciones ilegales. La cuestión era la aplicación del principio de irretroactividad al crimen de lesa humanidad de desaparición forzada (art.7. apartados 1.i) y 7.2.i) del Estatuto), que es un delito doloso, complejo, permanente y de mera actividad.

La cuestión que preocupaba a algunas delegaciones era la posibilidad de que, dado el carácter permanente del crimen de desaparición forzada, se pudiera interpretar que el delito sigue cometiéndose mientras no se ponga fin a la situación antijurídica, es decir: hasta que no se revele el destino o paradero de la persona desaparecida. Por lo que el principio de irretroactividad no impediría la persecución de estos crímenes (que no prescriben) por la Corte, aunque la detención o secuestro fuera anterior a su entrada en vigor. La solución adoptada por el texto definitivo de los Elementos de los Crímenes se concretó en una importante nota a pié de página (la nº 24) que zanjó procesalmente la cuestión al establecer que el crimen (de desaparición forzada) será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 (elemento de contexto: Ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil) se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto.

### **III. OTROS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL**

#### **1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL INTERNACIONAL**

El artículo 27, denominado «Improcedencia del cargo oficial», dispone que el Estatuto será aplicado por igual a todos (principio de igualdad ante la ley), sin distinción alguna basada en el cargo oficial, añadiendo que este cargo (aunque se trate de una persona que sea jefe del Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario del Gobierno) en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá «per se» motivo para reducir la pena.

Específicamente el número 2 del citado artículo precisa que las inmunidades y las normas especiales de procedimiento (por ejemplo la petición de un suplicatorio a las Cámaras Legislativas) que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional (inmunidades diplomáticas y consulares), no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre todas estas personas.

Así, en el primer número de la norma se niega al cargo oficial (electivo o no) virtualidad alguna como causa de exención o de atenuación de la responsabilidad criminal y en el segundo se dejan sin efecto las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que implique el cargo oficial, tanto si su fundamento hay que buscarlo en el Derecho interno como en el Derecho internacional. Ello ha planteado a algunos países incluso la reforma constitucional para salvar la inviolabilidad penal del jefe del Estado o parlamentarios.

En el Derecho español, la institución del refrendo que confiere la responsabilidad de los actos del Rey a las personas que los refrenden (art. 64.2 de la Constitución) ha salvado la dificultad que, para la ratificación del Estatuto, significa el artículo 56.3 de la norma fundamental («La persona del rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad»). En todo caso, por Ley Orgánica 6/2000, las Cortes autorizaron por unanimidad la ratificación por España del Estatuto sin que previamente se modificara ningún precepto constitucional.

## **2. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE**

Otro principio general aplicable es el de la imprescriptibilidad de todos los crímenes de la competencia de la Corte. Principio que fue poco discutido en la Conferencia Diplomática de Roma, pese al escaso número de Estados que son partes en la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Se ha esgrimido para explicar la falta de aceptación universal de este convenio que no distingue entre las infracciones graves y las menos graves, en materia de crímenes de guerra. Pero lo cierto es que algunos países que no han ratificado el convenio, como España, establecieron en su Derecho interno (Código Penal) la imprescriptibilidad del genocidio o de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra.

W. A. Schabas sostiene que el texto adoptado por el Estatuto de Roma es innecesario, pues es obvio para el autor que, en ausencia de una regla estableciendo la prescripción («statutory limitation»), el silencio del Estatuto puede solo significar que no existe la prescripción. Por lo que concluye que el artículo 29 es superfluo. Ahora bien, muchos Estados que no han reconocido la imprescriptibilidad de estos crímenes (genocidio, crímenes de lesa humanidad

o crímenes de guerra) o de alguno de ellos podrían tener dificultades para conceder la extradición, en particular porque los tratados sobre extradición suelen excluir justamente los supuestos de delitos que han prescrito en sus Códigos penales internos y este argumento podría incidir negativamente en la colaboración con la Corte.

P. Saland se plantea si el artículo 29 es de aplicación a los delitos contra la Administración de justicia (art.70 del Estatuto), que tienen distinta naturaleza, concluyendo que era cuestión que debía resolverse en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Y efectivamente se estableció el plazo de prescripción de cinco años para tales delitos y el de diez años para las penas impuestas, en la Regla 164 (Plazos de prescripción de los delitos contra la administración de justicia y faltas de conducta en la Corte).

#### IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

##### 1. EL SUJETO ACTIVO DE LOS CRÍMENES

Se establece en el Estatuto únicamente una responsabilidad penal de carácter individual o personal, que se concreta en la competencia exclusiva de la Corte sobre las personas físicas o naturales. Esta determinación de los sujetos activos de la acción criminal es valorada positivamente por F. Bueno Arus, que destaca la ausencia de un precepto sobre las organizaciones criminales (art.10 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg), aclarando con acierto que en la contribución a la comisión de un crimen colectivo (art.25.3.d) del Estatuto) no comete delito la asociación como persona moral.

Así se declara en el artículo 25.1 del Estatuto, una vez que fue suprimido el precepto propuesto por Francia que pretendía la exigencia de responsabilidad penal para las personas jurídicas, excluido el Estado. Se sigue así el principio de que solo la persona natural o física puede ser sujeto activo del crimen («societas delinquere non potest»).

A continuación el mismo precepto acoge el principio de la personalidad de las penas, al determinar que (solo) quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto.

Finalmente, el mismo artículo 25 del Estatuto, en su número 4, se cuida de salvar todo el sistema de responsabilidad del Estado conforme al Derecho internacional. A estos efectos el artículo 91 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, determina la responsabilidad (subsidiaria) del Estado por actos cometidos por personas que formen parte de sus Fuerzas Armadas. Ciertamente el Estatuto no impide la exigencia de este tipo de responsabilidad al disponer que sus normas (que establecen únicamente la responsabilidad

penal de las personas naturales) no afecten a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho internacional (art.25.4).

## 2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Es, ante todo, penalmente responsable y podrá ser castigado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte el autor directo, es decir el que cometa el crimen por sí solo (autoría individual directa), quien ejecute el crimen con otro (supuesto de coautoría) y el que lo realice por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable, que comprende la llamada autoría mediata. A diferencia del autor, el partícipe no realiza el hecho como propio (teoría jurisprudencial del dominio del hecho) sino que interviene (participa) en un hecho ajeno y esta contribución puede equipararlo al autor (en los casos de orden, inducción o cooperación necesaria) o comportar una menor responsabilidad en los supuestos de complicidad o encubrimiento.

El Estatuto hace referencia a quien ordene, proponga o induzca a la comisión de un crimen consumado o en grado de tentativa. Creemos, sin embargo que la simple proposición (que existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a cometerlo) es un acto preparatorio, pues solo la provocación (donde se incita a la comisión de un delito) se castiga –en buena técnica penal– como inducción si es seguida de la perpetración del crimen.

Es un acierto del Estatuto la mención de la orden como forma de participación. Y aún podría sostenerse que es una forma de autoría mediata (se comete el crimen por conducto de otro), si compartimos la teoría del dominio del hecho, puesto que la orden despliega su eficacia dentro de una estructura de poder organizado y jerarquizado, cuyo ejecutor es el subordinado destinatario (a veces no conocido siquiera por quien imparte el mandato) de la orden. El artículo 8 del vigente Código Penal Militar español (L.O. 14/2015) define la orden como todo mandato relativo al servicio que un superior militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.

Ahora bien, el concepto formal de orden en el Derecho penal internacional ha sido superado (casos *Celebici* y *Aleksovski* en el Tribunal Penal Internacional «ad hoc» para la ex Yugoslavia) para abarcar los mandatos emanados de estructuras informales de mando (guerrilleros, parte adversa militarmente organizada), donde no existe un deber normativo de obediencia (no hay orden en sentido formal), pero hay Fuerzas Armadas jerárquicamente organizadas. Se afirma así la responsabilidad penal derivada de la emisión de una orden criminal por el jefe de una estructura informal, pero que refleja una organización militar.



Ningún problema presenta otras formas previstas de participación como la inducción a la comisión de un crimen (consumado o en grado de tentativa) y la cooperación necesaria. El Estatuto no distingue realmente entre la cooperación necesaria y la complicidad, pues considera penalmente responsable a quien colabore de algún modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión (art.25.3.c) del Estatuto).

Los encubridores son citados al lado de los cómplices en el Estatuto para imputarles la correspondiente responsabilidad penal. Sin embargo, el Estatuto no define el encubrimiento, añadiendo esta imperfección técnica (que habrá de suplir la jurisprudencia de la Corte) al dudoso mantenimiento de esta figura como forma de participación, en contra la posición mayoritaria en la doctrina y en las legislaciones, que se basan en la imposibilidad de una participación subsiguiente al delito, en sus diferencias con la complicidad y en la inexistencia de un concepto unitario de encubrimiento (por lo que resulta especialmente criticable su indefinición en el Estatuto).

El mismo precepto que analizamos contiene en el apartado d) de su número 3, una regulación innovadora de lo que podríamos denominar la contribución intencional a un crimen colectivo, que es algo más que una conspiración puesto que se contribuye a los actos de ejecución (comisión o tentativa de comisión) realizados por un grupo de personas (crimen colectivo) que tengan una finalidad común. La contribución o cooperación puede revestir la forma de autoría por cooperación necesaria o de complicidad (auxilio accesorio) puesto que el precepto emplea la expresión «contribuya de algún otro modo...», pero debe ser intencional.

Curiosamente, las tres únicas sentencias condenatorias dictadas por la Corte Penal Internacional se fundamentan, en cuanto a la autoría y participación, en distintos preceptos del Estatuto. Así la sentencia de fecha 14 de marzo de 2012, relativa a Tomás Lubanga Dyilo, lo consideró coautor directo (por el dominio funcional del hecho) de los crímenes por los que fue acusado. La sentencia de fecha 7 de marzo de 2014, que condenó a Germain Katanga, se fundamentó en el artículo 25-3-d del Estatuto, es decir en la complicidad. Y finalmente, la sentencia de 21 de junio de 2016 consideró a Jean-Pierre Bemba Gombo culpable en el sentido del artículo 28-a del Estatuto en tanto que desempeñaba la función de jefe militar y sabía que las fuerzas bajo su autoridad y control efectivo cometían los crímenes imputados (responsabilidad de los jefes y otros superiores).

### 3. FORMAS DE RESOLUCIÓN MANIFESTADA

Merece crítica el Estatuto por su regulación de las llamadas formas de resolución manifestada, es decir los actos preparatorios que no deben quedar

impunes por su carga de antijuricidad, que en la doctrina penal clásica son la conspiración, la proposición, la provocación y, dentro de ella, la apología. La mera conspiración, fuera de la contribución intencional a la comisión o tentativa de un crimen colectivo, no es incriminada por el Estatuto, por lo que debemos concluir que quedará impune esta forma de resolución manifestada cuando no alcance el estadio de los actos de ejecución de un crimen.

Por el contrario, la proposición, *solicit o sollicite* es regulada (con notoria falta de técnica) al lado de la orden e inducción en el apartado b) del número 3 del artículo que analizamos. La proposición existe, dice el artículo 17 del Código Penal español, cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. Resolución manifestada que se castiga como acto preparatorio revelador de un plus de peligro que debe pensarse de modo excepcional.

Otro acto preparatorio, la provocación, incitación o instigación es contemplado en el Estatuto únicamente en relación con el crimen de genocidio, pues se castiga la instigación directa y pública a que se cometa tal delito. Por algunos autores se relaciona esta figura (*conspiracy*) con la ya estudiada *contribución a la ejecución de un crimen colectivo*, lográndose en Roma un extraño consenso entre ambos conceptos penales, que supuso reservar la conspiración para el crimen de genocidio y limitar a los actos de ejecución (tentativa y consumación) la contribución a la actuación de un grupo criminal, que guarda mayor relación con la complicidad (*contribuya de algún modo*, dice el art.25.3.d) del Estatuto) que con la instigación o incitación.

Ahora bien, el Estatuto se ha limitado a reproducir el artículo III. c) del Convenio para la prevención y castigo del delito de genocidio, aunque en Roma algunas delegaciones intentaron incluir el precepto dentro de la descripción típica del crimen de genocidio.

Y en efecto, el artículo 25.3.e) del Estatuto incrimina específicamente la instigación directa y pública a que se cometa genocidio. Conducta que guarda mayor relación con la apología como modalidad de provocación del artículo 18 del Código Penal español (en relación con el artículo 615).

La instigación al genocidio, concepto penal que ha tenido gran importancia en las condenas del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (casos *Akayesu* y *Kambanda*), definida en el Estatuto contiene dos exigencias: 1º Que sea pública, bien porque se haga a una concurrencia numerosa de personas o por algún medio de comunicación social. 2º Que se incite directamente a la comisión de un genocidio, por lo que no son suficientes las vagas alusiones o sugerencias inconcretas y se deben tener en cuenta tanto la situación en que se pronuncian como las características de las personas destinatarias. Pero si se ejecuta el delito, la instigación se convierte en inducción y el provocador será castigado como autor por inducción. Así, el artículo 18.2, párrafo segundo, del Código

Penal español dispone que *si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.*

#### 4. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN

Consumar un crimen es perfeccionar la conducta incriminada en el tipo penal, por lo que habrá que examinar cada uno de los crímenes de la competencia de la Corte para saber si se han ejecutado todos los elementos que configuran el tipo, aunque el autor no haya logrado alcanzar la finalidad perseguida (lo que significaría un delito agotado).

Como el Estatuto, al igual que muchos códigos penales vigentes, no contempla el delito frustrado, resta definir la tentativa como el intento de cometer el crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Con cierta coincidencia conceptual, pero mejor técnica, el Código Penal español define la tentativa (art. 16) según la fórmula clásica: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

También se regula en el segundo inciso del precepto estatutario el desistimiento en la tentativa, introducido *in extremis* en Roma a propuesta de Japón, que supone la impunidad. Y ello porque «quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado, de conformidad con el presente Estatuto, por la tentativa si renunciara íntegra y voluntariamente al propósito delictivo».

Abarca este precepto las dos formas clásicas de manifestación del desistimiento (bien el hecho de desistir de la ejecución ya iniciada o bien impedir la producción del resultado), añadiendo un requisito más: la renuncia íntegra y voluntaria al propósito delictivo.

#### V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS

Uno de las cuestiones más debatidas en el Derecho penal internacional es el examen de la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos que consienten o no impiden la comisión de violaciones graves de los derechos humanos o del Derecho internacional humanitario por parte de sus subordinados.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se planteó ante los Tribunales penales la cuestión de la responsabilidad penal de los superiores, cuyas sentencias

establecieron las condiciones de esta incriminación. Son clásicos el Caso Yamashita, el Caso del Alto Mando Alemán, el Asunto de los Rehenes en territorio ocupado y el caso Meyer.

Por parte de expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja, se resume el mecanismo de la responsabilidad de los superiores en la concurrencia de los requisitos siguientes:

- Que se trate de un superior o persona con autoridad sobre sus subordinados
- Que el superior supiera o debería haber sabido que el crimen se iba a cometer o se estaba cometiendo
- Que el superior poseyera la autoridad necesaria para impedir o hacer cesar la conducta criminal

Hay que recordar, muy especialmente, el artículo 86.2 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra. Ahora bien, los específicos deberes de los jefes militares en orden a tomar las medidas necesarias para impedir, reprimir y denunciar las infracciones del Derecho internacional humanitario (Convenios de Ginebra y sus Protocolos), están establecidos en el artículo 87 del Protocolo I antes citado.

Cabe preguntarse si los superiores pueden incurrir en responsabilidad penal a título de autores, como una de las formas de participación criminal: la comisión por omisión, en la que la no evitación del resultado (omisión del garante, obligado a actuar) se equipara a su causación.

Así, el artículo 11 del Código Penal español de 1995 dispone: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

Como afirma J. Silva Sánchez el inciso primero del precepto exige dos juicios: el primero centrado en la infracción de un deber y el segundo basado en un juicio adicional de equivalencia según el sentido de la ley.

Ahora bien, según este autor, lo decisivo para determinar el baremo de la «equivalencia según el sentido del texto de la ley» es que se haya asumido el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos también concretos.

Con independencia de las críticas científicas que ha suscitado la redacción del artículo 11 del Código Penal español, construido sobre dos modelos

contrapuestos, puede resultar útil su análisis en relación con los supuestos de responsabilidad de los superiores jerárquicos ante la ausencia de una regla específica que incrimine su conducta. En efecto, establecida para tales superiores la específica obligación convencional de actuar (arts.86.2 y 87 del Protocolo I de 1977) la omisión de tal deber se equipara a la acción cuando la no evitación del resultado equivalga (juicio de equivalencia) a su causación. Y esto solo sucede cuando el dolo del superior (conocimiento e intención) abarca la producción del resultado lesivo por lo menos a título de dolo eventual, con exclusión de la conducta culposa, que no puede justificar tal imputación porque no se ha producido la necesaria injerencia.

Desde luego esta cuestión no se encuentra bien resuelta en los modelos de Derecho comparado, habiendo inventariado las siguientes soluciones legislativas:

- La incriminación global de las violaciones del Derecho internacional de los conflictos armados
- Las normas generales de Derecho penal sobre participación criminal
- La incriminación de infracciones a los deberes militares en el Derecho penal militar
- La ausencia de incriminación penal específica

Acaso por esta respuesta fragmentaria del Derecho penal interno de los Estados, el artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 25-5-1993) estableció que el hecho de que cualquiera de los crímenes de la competencia del Tribunal haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si este sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron. Nos encontramos también aquí ante una responsabilidad por omisión, derivada de un deber pre-existente de actuar basada, según Fabrizio Guariglia, en tres elementos:

- 1º. Una relación jerárquica entre un superior y un subordinado
- 2º. Un elemento subjetivo. El superior «sabía» o «tenía razones para saber». En este caso se describe una negligencia
- 3º. El incumplimiento por el superior de su deber de garante

Por lo que se refiere a la existencia de la relación jerárquica, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 16-11-1998 (Zejnil Delalic, Zoravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo), en el caso del Campo de Celebici, estableció que la posición de mando no debe ser necesariamente un poder «de

iore», por lo que no se exige la estructura formal propia de las Fuerzas Armadas regulares.

En relación con esta materia debemos citar también otras decisiones del mismo Tribunal, como la sentencia del caso Zlatko Aleksovski (25-6-1999), la decisión del caso Kordic y Cerkez (2-3-1999) y la sentencia del caso Blaskic (3-3-2000). El artículo 28 del Estatuto de Roma regula también la responsabilidad de los jefes y otros superiores. Y, en efecto, distingue dos clases de superiores jerárquicos:

- El jefe militar (o el que actúe efectivamente como jefe militar), responsable de los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo.
- El superior que tiene con sus subordinados una relación distinta al jefe militar, responsable de los crímenes cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo. En este segundo supuesto puede tratarse de una relación jerárquica entre funcionarios de Policía o también de Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados organizados no gubernamentales en un conflicto armado no internacional.

En uno u otro caso el superior jerárquico responde penalmente por los crímenes de la competencia de la Corte cometidos por su subordinados, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre tales subordinados, siempre que no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Si ponemos este precepto, artículo 28,a) apartado i) del Estatuto, en relación con el artículo 30 (elemento de intencionalidad), observamos que la regla general establecida sobre el elemento subjetivo de los crímenes de la competencia de la Corte (o culpabilidad) es que se trata de delitos dolosos o intencionales, por lo que constituye una excepción a tal criterio la incriminación de la conducta culposa del superior jerárquico que se describe como alternativa. Es decir, cuando «en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber». Ciertamente el artículo 30 admite excepciones puesto que comienza con la frase «Salvo disposición en contrario...», pero no parece técnicamente aconsejable dar el mismo tratamiento penal a delitos dolosos e imprudentes. En todo caso la menor culpabilidad (la culpa es la medida de la pena) se ha tenido en cuenta entre los criterios de individualización de la pena y, más concretamente, al desarrollar el artículo 78.1 del Estatuto en las Reglas de Procedimiento y Prueba, para paliar la falta de dosimetría penal de que adolece el sistema penológico estatutario (Regla 145).

Por el contrario, en el supuesto de la responsabilidad penal de otros superiores no militares solo se incrimina la conducta dolosa (que podría abarcar el dolo eventual, pero no la conducta imprudente), consistente en haber tenido conocimiento o deliberadamente haber hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Y se añade una condición (objetiva) más: Que los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.

## VI. ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS CRÍMENES. LA CULPABILIDAD

El artículo 30 del Estatuto (elemento de intencionalidad) salva las críticas formuladas por Kai Ambos sobre el tratamiento de las circunstancias subjetivas de un acto criminal en los sucesivos proyectos, donde persistían algunas dudas sobre la pervivencia de responsabilidad meramente objetiva. De esta forma y siguiendo la clásica teoría del delito, el citado artículo 30 del Estatuto establece, salvo disposición en contrario, que únicamente una persona será penalmente responsable y podrá ser castigada por un crimen de la competencia de la Corte si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Se necesita pues la concurrencia de este elemento subjetivo del delito que es el dolo o intención maliciosa que, también siguiendo la doctrina clásica, debe integrarse con dos elementos: la intención (el querer o elemento volitivo) y el conocimiento (el saber o elemento intelectual).

Ahora bien, el precepto profundiza más en los requisitos del dolo, al disponer que se entenderá que actúa intencionalmente (primer elemento del dolo) quien:

- a) En relación una conducta, se propone incurrir en ella. Es decir, el que realiza intencionalmente la conducta incriminada en el tipo penal, abarcando el dolo todos los elementos del crimen.
- b) En relación con una consecuencia,

1º. Se propone causarla o

2º. Es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

Este segundo apartado, que regula el supuesto del sujeto activo de un crimen que tiene intención de realizar la acción u omisión incriminada pero que no se propone causar el resultado previsto por el tipo penal, da solución al problema de la imputación subjetiva de los resultados lesivos, exigiendo que al menos concurra el dolo eventual en relación con el resultado tipificado. Es decir, cuando el sujeto acepta de antemano la producción de cualquier resultado

posible o probable o, en la terminología del Estatuto, «es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos».

Es habitual la proclamación en los textos penales del principio de plena imputación subjetiva en los llamados «delitos cualificados por el resultado», de forma que el dolo debe abarcar todos los elementos típicos, incluida la agravación de la pena por el resultado lesivo adicional (al menos a título de dolo eventual, no bastando la cualificación por el resultado negligentemente causado), con lo que desaparecen los delitos cualificados por el resultado en su versión clásica. Así, el Código Penal español de 1995 se basa, en opinión de J. Silva Sánchez, en la plena imputación dolosa, derivando a las reglas del concurso la consideración del resultado producido por imprudencia.

Pues bien, el problema no se plantea dentro del Estatuto en los tipos simples que describen con un único verbo la acción y el resultado punible (matar, torturar, infligir, atentar), ni siquiera cuando el Estatuto emplea las expresiones «intencionadamente» o «deliberadamente» («matar intencionadamente» dice el artículo 8.2.a), apartado i) del Estatuto), que en la jurisprudencia y doctrina penal internacional no excluyen la causación del resultado a título de dolo eventual.

La cuestión aparece cuando se trata de crímenes en los que se puede diferenciar entre la acción u omisión tipificada y el resultado o consecuencia de la conducta, también prevista por el tipo penal.

No es ciertamente tarea fácil la distinción entre el dolo eventual (o culpa consciente) y la imprudencia temeraria. Y tal dificultad se multiplica al comparar el sistema continental o romano-germánico con el anglosajón o del «common law». Pues, aunque el concepto de negligencia es sustancialmente análogo en los dos sistemas, como ha precisado un importante estudio realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja el 17 de febrero de 1999, el término «recklessness» («temeridad») abarca en el «common law», tanto el dolo eventual («dolus eventualis») como algunos casos de grave negligencia que en el sistema continental son calificados como de negligencia o imprudencia temeraria, excluyendo el dolo eventual. Y, consecuentemente, este último sistema integra el dolo eventual (o culpa consciente con o sin representación del resultado) en la conducta intencional o dolosa.

Y a esta misma conclusión llega, en nuestra opinión el artículo 30, número 2, apartado b) del Estatuto cuando, en relación con una consecuencia o resultado, parifica el dolo directo con el dolo eventual, en la modalidad de culpa consciente con representación del resultado, pues no otra interpretación cabe dar a la frase «o es consciente de que se producirá (la consecuencia), en el curso normal de los acontecimientos».

El segundo elemento del dolo es el conocimiento, que es definido por el artículo 30 del Estatuto como la conciencia de que existe una circunstancia o se va a



producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Se trata del conocimiento de todos los elementos materiales del crimen, que deben ser abarcados no solo por la intención del autor sino que este no puede ignorarlos. Ahora bien, para evitar que este requisito quede desvirtuado por determinadas expresiones que, en particular, afloran en la descripción de las infracciones graves del Derecho internacional humanitario (que, recordémoslo, no han sido elaboradas con la técnica de la estructura del tipo penal), el precepto que analizamos dispone que las palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderán en el amplio sentido que se deriva de la definición estatutaria del «conocimiento».

## VII. LAS CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

El artículo 31 del Estatuto, como se cuida de establecer, no contiene el catálogo completo de las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal. Y ello por dos razones. La primera porque se describen otras eximentes en otros lugares distintos del Estatuto, como en cierto modo el error de hecho o de derecho (artículo 32) y la obediencia jerárquica (artículo 33). Y la segunda porque el catálogo de las eximentes es un «*numerus apertus*», conforme a lo que dispone el número 3 del artículo 30 del Estatuto, pues la Corte puede tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las determinadas en tal precepto, siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable.

Pero el Estatuto no quiere que este «*numerus apertus*» permanezca en absoluta indefinición y por ello arbitra procesalmente una solución que le dote de cierta certeza, al disponer que las Reglas de Procedimiento y Prueba establecerán el procedimiento para el examen por la Corte de una eximente de este tipo. Y así este procedimiento fue regulado en la Regla 80 del antes citado Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba (Documento Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add.1, de 12 de julio de 2000).

### 1. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

El artículo 26 del Estatuto no contempla la menor edad penal como una circunstancia eximente (como hacen la mayoría de los códigos penales) sino que, simplemente, establece que la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen. Aunque no han faltado críticas al Estatuto en el sentido de que resulta contradictoria esta edad penal si la comparamos con la edad que establece (15 años) para la protección penal de los niños, por lo que se refiere a la prohibición

del reclutamiento, alistamiento o utilización en las hostilidades (artículo 8.2, b) apartado XXVI y e) apartado VII).

La enfermedad o deficiencia mental, siempre que prive de la capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta, o de la capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, es la primera circunstancia eximente que regula el artículo 31 que pasamos a analizar. Acoge el Estatuto una fórmula mixta que se basa, en primer lugar en una enfermedad o deficiencia mental (presupuesto bio-psiquiátrico) y en segundo término en la incapacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de una conducta o en la incapacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley (presupuesto psicológico), condición que tiene en cuenta la anulación o disminución de la capacidad de querer y entender (intelectual o volitiva) del sujeto.

No hace, sin embargo, el Estatuto referencia expresa al trastorno mental transitorio, que regula el artículo 20.1º del Código Penal español en relación con las «*actio libera in causa*», aunque lo estimamos comprendido en los amplios términos de la eximente. Y también debemos entender comprendidas las alteraciones en la percepción a que alude el citado Código Penal en el artículo 20.3º (desde el nacimiento o desde la infancia, que alteren gravemente la conciencia de la realidad), dentro de la expresión «deficiencia mental».

Otra causa de inimputabilidad establecida en el artículo 31. 1.b) del Estatuto es el estado de intoxicación que prive al sujeto de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta o de su capacidad para controlar esta conducta a fin de no transgredir la ley. La entidad de la intoxicación, dados sus efectos sobre la capacidad cognoscitiva y volitiva del sujeto, podría calificarse de plena, sin que el precepto estatutario determine la naturaleza de las sustancias que han producido tal intoxicación, como hace el Código Penal español al aludir al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Y asimismo omite toda referencia al «síndrome de abstinencia».

También sigue esta eximente el criterio mixto asentado en una valoración biológica (la intoxicación) seguida de un presupuesto psicológico (la plena incapacidad volitiva o cognoscitiva). Pero aquí el Estatuto añade la clásica excepción de las «*actio libera in causa*», al disponer que no será de aplicación la eximente cuando el sujeto se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera. Es decir, una *actio libera in causa* dolosa o imprudente.

Esta fórmula, muy similar a la que emplean los códigos penales, sigue la doctrina generalmente aceptada sobre las «*actio libera in causa*», que excepciona los efectos eximentes de la intoxicación plena tanto cuando es buscada

voluntariamente tal situación (provocación intencional) como en los casos de provocación imprudente. Abarcando, como escribe Rodríguez Mourullo, la culpa consciente o con representación («...a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen...») o de culpa inconsciente («...o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera»).

## 2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

El Estatuto en el largo y complejo apartado c) del artículo 31 regula la eximente de legítima defensa, añadiendo algún supuesto cuya naturaleza linda con las eximentes de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad justificante que sin duda también pueden ser consideradas como causas de justificación. La estructura de la eximente es, sin embargo, la clásica de la legítima defensa pues, en definitiva se trata de una reacción defensiva «contra un uso inminente e ilícito de la fuerza», actuación que se ha de caracterizar por su razonabilidad y proporcionalidad al grado de peligro para el que se defiende, para un tercero o para los bienes protegidos.

La necesidad racional del medio empleado implica, según C. Suárez González, tanto la necesidad en abstracto de la defensa (cuya ausencia da lugar a un «exceso extensivo»), como a la necesidad en concreto del medio empleado (cuya no existencia supone un «exceso intensivo»), implicando también este requisito que el medio defensivo utilizado sea proporcionado al peligro, como expresamente exige el Estatuto.

Hasta aquí los requisitos clásicos de la legítima defensa que concurren en el artículo 31.c) del Estatuto. Pero los problemas sobre la naturaleza de la eximente comienzan al tratar de determinar su alcance. No hay inconveniente alguno al constatar la admisibilidad de la (legítima) defensa propia o de un tercero, ni tampoco se cuestiona que, en el caso de los crímenes de guerra, se reconozca la (legítima) defensa de un bien que fuese esencial para su supervivencia (es decir para la supervivencia de quien se defiende) o la de un tercero. En estos supuestos ciertamente nos encontramos en los lindes de la legítima defensa con el estado de necesidad.

Como afirma C. Suárez González, no resulta factible canalizar por la vía de esta causa de justificación la defensa de intereses supraindividuales, debiendo reconducir estos supuestos al ámbito del estado de necesidad. Y por mi parte veo un cierto parentesco de esta eximente «atípica» con otra causa de justificación: La de obrar en cumplimiento de un deber.

En todo caso, trátase de legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber o de una atípica mezcla de todas estas causas de justificación, el Estatuto regula esta situación exclusivamente para los

crímenes de guerra, lo que puede llevar a pensar que en tales crímenes (o en alguno de ellos) existe una menor carga de antijuricidad que en los restantes (genocidio, crímenes de lesa humanidad o de agresión). Lo cual es bien dudoso y en extremo peligroso pues puede llevar, en una interpretación ciertamente rechazable, a justificar las represalias contra personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado, rigurosamente prohibidas por el Derecho internacional humanitario (arts. 46 del I Convenio de Ginebra, 47 del II Convenio, 13 del III Convenio, 20, 52, 53 55 y 56 del Protocolo I de 1977 y 4 del Convenio de La Haya de 1954). Es decir, ante un ataque (agresión ilegítima) de la parte adversa contra personas o bienes civiles podrían justificarse las represalias contra la población civil o bienes adversos, alegando la defensa de un bien que se juzgue esencial para realizar una misión militar.

Acaso para atajar la excesiva amplitud de la eximente, el propio Estatuto (en el inciso final del precepto que analizamos) se cuida de precisar que «El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado». Sin embargo, pese a lo razonable de tal precisión, no han faltado voces que han puesto de manifiesto las dificultades para definir que debe entenderse por «operación de defensa».

Es técnicamente inadecuada la inclusión de elementos negativos del tipo entre los denominados «elementos del crimen», pues es suficiente la existencia (entre los principios generales del Derecho penal, como hemos visto) de las genéricas causas de justificación. Así, las causas de justificación del artículo 31 del Estatuto son aplicables a los crímenes de la competencia de la Corte y se diferencian claramente de las «circunstancias negativas del tipo» que son aquellos elementos que describe el tipo expresamente, mediante la negación de una situación de hecho. En definitiva, no hay que buscar otras causas de justificación que las reconocidas ampliamente por el Estatuto, ni mucho menos incorporarlas como elementos negativos del tipo a través de los «elementos del crimen». Y, por lo que se refiere a los crímenes de guerra, compartimos uno de los postulados de la *non nata* Carta de Atenas (XIV Congreso de la Société de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, 1997) cuando declaraba que: «...la medida de la necesidad militar como causa de justificación estará determinada por las normas del Derecho internacional humanitario, excluyendo las excusas o justificaciones basadas en consideraciones de orden político o seguridad nacional». En este mismo sentido A. Eser pone de manifiesto que el citado inciso final de este apartado del Estatuto («El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa....») es necesario para prevenir que esta cláusula sea usada como una «panacea» fácil de aplicar en cualquier tipo de confrontación militar.

### 3. LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN O INCULPABILIDAD

#### La aplicación de la eximente de estado de necesidad coactivo

No se debe olvidar en esta materia la relación existente entre la eximente de obediencia jerárquica como causa de exculpación y otras causas de inculpabilidad como el miedo insuperable, la coacción o, para decirlo con precisión convencional, el estado de necesidad coactivo. Se trata la valoración jurídico-penal del cumplimiento de una orden evidentemente constitutiva de un crimen grave, cuando el subordinado que la ejecuta se encuentra en una situación extrema, en la que el incumplimiento flagrante de la orden hace peligrar su propia vida por la reacción del superior que la imparte. La cuestión que se plantea es si la obediencia en tales circunstancias justifica o exculpa la conducta del subordinado, o simplemente atenúa su responsabilidad criminal. La doctrina y jurisprudencia internacional se concreta en el caso *Drazen Erdemovic* y en la sentencia de la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Se juzgaba a un militar acusado por un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra consistente en dar muerte a personas «inocentes», personas civiles desarmadas y detenidas en poder de la parte que había decidido ejecutarlas sin previo juicio. Drazen Erdemovic formaba parte de un pelotón militar que debía ejecutarlas y, en principio, expresó a su mando la negativa a cumplir una orden que le parecía manifiestamente delictiva. Cuando el superior amenazó inequívocamente a Erdemovic con darle muerte por desobedecer una orden emitida en tiempo de conflicto armado, este accedió a formar parte del pelotón y ejecutó a las personas civiles indefensas. En efecto, la sentencia de la Sala de 1ª Instancia aceptó que el acusado cometió el delito (violación de las leyes y costumbres de la guerra), aún siendo amenazado de muerte. Esta Sala estimó que había existido un riesgo real de que el acusado pudiera ser ejecutado si hubiera desobedecido la orden. Expresó su oposición, pero al fin cumplió la orden. No concurría una elección libre: *El debía matar o ser muerto*. En la sentencia de la Sala de Apelación se acordó, por todo ello, que la coacción sufrida por el acusado debía ser tenida en cuenta solo por la vía de atenuar la pena. La prueba práctica reveló la excepcionalidad de la situación padecida por el acusado, pero no se aplicó la eximente completa de coacción. Revistió notoria relevancia la opinión separada de los magistrados Mc Donald y Vohrah. Entendieron estos jueces que las órdenes superiores y la coacción son cuestiones conceptualmente diferentes, aunque que concurren a menudo en las mismas circunstancias y particularmente en caso de conflicto armado. Por tanto suscriben el punto de vista de que la obediencia a las órdenes superiores no equivale a una eximente *per se*, pero es un elemento de hecho que debe

tenerse en consideración, en unión de otras circunstancias del caso, al evaluar cómo deben entenderse las eximentes de coacción o error de hecho.

La doctrina jurisprudencial contenida en esta sentencia de 1997 era conocida por los redactores del Estatuto de Roma (Conferencia Diplomática de 15 de junio a 17 de julio de 1998), que tomaron buena nota de la insatisfactoria solución a que llegó el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia. Así, el artículo 31, apartado 1, párrafo d) del Estatuto de Roma dispone que no será penalmente responsable quien:

*a) Hubiese incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esta amenaza podrá:*

*i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.*

En definitiva, la conducta que analizamos no puede ser justificada por el Derecho y, en consecuencia, es inaplicable el artículo 33 del Estatuto (órdenes superiores y disposiciones legales) al tratarse de una orden manifiestamente ilícita. Ahora bien, al presunto culpable el Derecho no puede exigirle una conducta distinta, porque sería imponerle la realización de un hecho heroico: Exponer con alto riesgo su vida al negarse a cumplir la orden ilegal de sus superiores. Por ello la solución, a la vista del artículo 31.1.d) del Estatuto de Roma es apreciar la concurrencia de una causa de exculpación de la responsabilidad criminal. El hecho sigue siendo antijurídico pero debe producirse la absolución por ausencia de culpabilidad al concurrir la eximente de estado necesidad coactivo.

El apartado d) del artículo 31 del Estatuto regula una causa de inculpabilidad o exculpación que, en principio, parece similar al miedo insuperable reconocido como eximente en numerosos códigos penales.

Justamente el empleo de la palabra «coacción» (*Duress*) es lo que acerca esta eximente a la de «miedo insuperable», donde lo decisivo es la situación subjetiva emocional de temor no superable, que describe el Estatuto cuando dice que el sujeto «se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza». Como afirma la jurisprudencia, nos encontramos realmente con un presupuesto social de inexigibilidad de otra conducta distinta a la realizada, que configura una causa de exclusión de la culpabilidad (causa de exculpación o inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta).

Ahora bien, si la amenaza no dimana de una actuación coactiva humana, con independencia de lo poco apropiado que resulta llamar «amenaza» o «coacción» a estas circunstancias ajenas al control, nos acercamos a los lindes de otra

causa de inculpabilidad: El estado de necesidad exculpante, que también ha sido denominado estado de necesidad coactivo. Por eso, acertadamente, opina A. Eser que este precepto combina dos diferentes conceptos: necesidad y coacción. Es decir, esta situación parece subsumible en la clásica definición de Cerezo Mir de estado de necesidad: «Una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber».

El estado de necesidad, en opinión de la mayor parte de la doctrina, es causa de justificación cuando el mal causado es menor que el que se trata de evitar y causa de exculpación basada en la no exigibilidad de otra conducta cuando la colisión de deberes se produce entre bienes equivalentes («...siempre que no se tuviera intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar», dice el Estatuto).

La inclusión en el Estatuto de esta eximente constituye una rectificación clamorosa del polémico criterio seguido por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Erdemovic* (Case IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997), que excluyó la coacción como eximente en materia de crímenes de lesa humanidad.

## VIII. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA

### 1. PÓRTICO

El problema de la justificación o valor exculpatorio de la obediencia jerárquica o debida en relación con la comisión de crímenes internacionales ha constituido (y aún constituye) uno de los problemas de mayor relevancia en el ámbito del Derecho penal internacional. En efecto, a lo largo de la historia de los postconflictos armados, en los juicios de la criminalidad de guerra, ha sido constante la invocación de las órdenes de los superiores para tratar de eximir de responsabilidad a los subordinados por su conducta criminal. Por otra parte, las normas, jurisprudencia y doctrina ius-internacional y jurídico-penal nos pueden aportar, al abordar la solución de este problema, uno de los mecanismos más eficaces para la lucha contra la impunidad de los autores de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional.

El epígrafe de este trabajo pone de relieve la evolución de la obediencia «jerárquica», término de mayor amplitud que el de «debida» que pudiera interpretarse como ligado a una causa de justificación de la conducta. Si queremos tomar un sólido punto de partida podemos fijarnos en la llamada «Carta de Nuremberg» y estudiar el tratamiento de la obediencia jerárquica

hasta la regulación en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, que le dedica el artículo 33 de modo independiente de las restantes causas de exención de la responsabilidad criminal. Y la regla general es que, en principio, la obediencia no exime de responsabilidad penal al subordinado.

## 2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 33 DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

### 2.1. Determinaciones previas

El Estatuto de Roma regula en su artículo 33 la eximente de obediencia jerárquica bajo el epígrafe de «Órdenes superiores y disposiciones legales».

Es de destacar que la rúbrica del artículo 33 del Estatuto no se pronuncia sobre la naturaleza de la causa de exención de la responsabilidad penal, como causa de justificación o exculpación, limitándose a regular las «órdenes superiores» y haciendo una alusión genérica a las «disposiciones legales» que solo sirve para enturbiar la interpretación del precepto.

La norma estatutaria parte del cumplimiento de una orden emitida por un Gobierno o un superior, sea militar o civil, que entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. Así, la superioridad jerárquica puede tener virtualidad suficiente para eximir de responsabilidad criminal sin que baste con la remisión a la correspondiente causa de justificación (obrar en cumplimiento de un deber), puesto que el tratamiento de la obediencia jerárquica en el Estatuto se inscribe en su consideración como causa de inculpabilidad o exculpación muy próxima al error de prohibición. Tan próxima que el propio artículo 32 del Estatuto (error de hecho o error de derecho), al regular el error de derecho para concederle la consideración de eximente, en uno de los supuestos se remite expresamente a la regulación de la obediencia jerárquica («... o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto»).

Algunos penalistas alemanes, escribe J. Cerezo Mir, han partido de la base de que el Estatuto de Roma se inspira en el *Common Law* y, por tanto, no queda margen para el reconocimiento de la relevancia del error de prohibición, salvo en la regulación de la eficacia de la obediencia debida, justamente en el artículo 33. Por el contrario, los penalistas españoles (J. M. Gómez Benítez, Alicia Gil Gil) –añade este autor– han tratado de llegar a interpretaciones más acordes con el Derecho penal continental a propósito de conceder la mayor relevancia al «error de prohibición».

Hay que resaltar que la virtualidad exculpatoria de la obediencia jerárquica en el Estatuto es excepcional. Y ello porque, en primer lugar, se formula una regla general de forma negativa («Una persona que haya cometido un crimen



de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximida de responsabilidad penal...») seguida de una excepción («...a menos que...») condicionada a la existencia de los tres requisitos que detalla. En segundo término porque, en la práctica, la eximente solo será aplicable a los crímenes de guerra (o al «non nato» crimen de agresión), puesto que el mismo precepto en su número 3 se encarga de establecer una presunción legal (*iuris et de iure*) de que «las órdenes para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas», lo que impide la concurrencia en tales crímenes del tercer requisito exigido por la norma: Que la orden no fuera manifiestamente ilícita.

## 2.2. La rúbrica del artículo

En todo caso el epígrafe del artículo (*Órdenes superiores y disposiciones legales*) no contiene la expresión «obediencia debida o jerárquica», que solo aflora en el apartado 1, letra a) del precepto, donde se determina como primera condición para la exención que la obligación de obedecer esté establecida en la ley. Presupone una obligación general de obedecer las órdenes procedentes del Gobierno o un superior de acuerdo con el derecho interno aplicable.

## 2.3. Crítica de la presunción «*iuris et de iure*»

El precepto que analizamos, artículo 33 del Estatuto de Roma, establece en su párrafo 2 que: *A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.*

Una interpretación muy compartida es que tal presunción alcanza la categoría de «*iuris et de iure*» (es decir: no admite prueba en contrario) y si así se interpretara el artículo 33 sería en cierto modo contradictorio, pues la frase inicial «Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte...» comprende los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra (y, en su caso, el crimen de agresión), mientras que la presunción «*iuris et de iure*» excluye radicalmente a dos de ellos.

En opinión de O. Triffterer el propósito del párrafo 2 del artículo 33 es excluir la excepción contenida en el apartado 1 del mismo precepto, al establecer la presunción (*iuris et de iure*) de que el elemento descrito en el apartado c) es evidente cuando los crímenes de genocidio y lesa humanidad se cometan cumpliendo una orden. En suma, no es admisible la prueba de que en una concreta situación la orden puede no ser manifiestamente ilegal. Ahora bien, solo el genocidio y los crímenes de lesa humanidad caen bajo tal presunción y, por el contrario, puede probarse que la orden de cometer determinados

crímenes de guerra no es manifiestamente ilegal. Esto es sorprendente pues algunos crímenes de guerra no difieren mucho de los crímenes contra la humanidad. Para el autor la razón es que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos por cualquier persona, mientras que los crímenes de guerra y crímenes contra la paz son típicamente realizados por militares o paramilitares y su protección es la razón de ser del precepto. No podemos compartir tal argumentación, pues en el Estatuto de Roma no se califica (salvo cuando se apruebe la agresión como un crimen de líderes) el sujeto activo de los crímenes, por lo que «militares o paramilitares» pueden ser autores, indistintamente, de genocidios, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

A mayor abundamiento, no hay razones válidas que avalen la distinción que se establece entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, a efectos de la manifiesta ilicitud de las órdenes superiores para cometerlos. Basta leer el apartado XXI), letra b), número 2 del artículo 8 del Estatuto («Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado...») y comparar estos crímenes de guerra con las acciones idénticas que se tipifican en el artículo 7.1.g) como crímenes de lesa humanidad, para concluir que carece de sentido estimar que una orden para cometerlos debe presumirse manifiestamente ilícita en un supuesto y no en otro casi exacto.

Podemos encontrar un ejemplo claro en la deportación o traslado forzoso de población (crimen de lesa humanidad y también crimen de guerra). En estos casos nos toparemos con preceptos casi idénticos, en los que no deja de presentar fundadas dudas la proclamación de una presunción «*iuris et de iure*» relativa a que todos los mandatos emitidos (ordenando la comisión de tal crimen de lesa humanidad) revistan el carácter de «manifiestamente ilícitas», puesto que el propio precepto (artículo 7.2.d) del Estatuto de Roma) al definir la «deportación o traslado forzoso de población» se ha visto obligado a excepcionar la antijuricidad en algunos casos, añadiendo un elemento negativo del injusto de carácter normativo («...sin motivos autorizados por el Derecho internacional»). Son posibles pues órdenes no manifiestamente ilícitas cuando existan dudas sobre si determinados motivos para el traslado forzoso de población están o no autorizados por el Derecho internacional.

No deja de carecer de racionalidad la distinción entre la gravedad de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, tantas veces rechazada por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que aflora en otros preceptos del Estatuto como el criticable artículo 124 (Disposición de transición mantenida, sin embargo, en la Conferencia de Revisión de

Kampala, 2010) y ha tratado de abrirse paso, con poco éxito ciertamente, en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*.

Por último, la tradicional cautela con que un Derecho penal culpabilista (que no puede prescindir del elemento intencional o «mens rea») examina las presunciones «*iuris et de iure*» nos inclina por una decidida crítica del precepto al considerar que la presunción establecida en este artículo debería admitir prueba en contrario (presunción «*iuris tantum*») para satisfacer las exigencias de un moderno Derecho penal y procesal penal garantista.

## 2.4. El párrafo 1 del precepto

### a) La regla general

Este artículo comienza con una declaración de culpabilidad, que se formula con carácter general y previo: «...*no será eximido de responsabilidad penal a menos que...*». Solo después se regulan las excepciones a este principio general.

### b) La limitación a los crímenes de guerra

A pesar de que el artículo 33 se refiere a quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte, a la vista de la presunción *iuris et de iure* establecida, el ámbito de la exención se reduce actualmente a los crímenes de guerra y, cuando se aprueben las correspondientes enmiendas del Estatuto (no antes del año 2017), al crimen de agresión, aunque en este caso pueden surgir dificultades a la vista de la Resolución RC/Res.6 de 11 de junio de 2010, aprobada en la Conferencia de Revisión de Kampala (Uganda, 2010), que lo define como un crimen de líderes y hace referencia a la violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

### c) La definición de orden

El concepto de orden puede concretarse como todo mandato relativo al servicio que un superior (militar o civil) da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta. La primera condición de la orden es que debe tratarse de un mandato concreto y terminante, no de una mera observación o recomendación. La concreción del mandato distingue a la orden de una consigna general o instrucción genérica, cuyo incumplimiento entraña una infracción contra los deberes del servicio. Por el contrario el incumplimiento (o la negativa a cumplir) un mandato concreto supone un delito o falta contra la disciplina, al afectar a la relación jerárquica. Justamente, el segundo requisito de la orden es la existencia de

una relación de mando entre el superior (o el Gobierno) y el subordinado, situados en la escala jerárquica de la que se deriva el deber de obediencia.

Para alguna opinión doctrinal no tiene que exigirse una estructura formal (como las Fuerzas Armadas estatales o la Policía), porque en el Derecho penal internacional se admite que se trate de estructuras informales de mando, como una guerrilla (organización armada con estructura jerárquica) o, dentro de la Administración pública, donde exista un deber administrativo de obediencia. Se llega a afirmar que la fuerte implantación burocrática de las organizaciones empresariales las hace sustancialmente idénticas a los entes de la Administración civil y militar. Aseveración ciertamente dudosa pues no es lo mismo, para calibrar el deber de obediencia, que su incumplimiento se sancione penalmente (en el caso de los militares o funcionarios) o que suponga la imposición de una sanción laboral.

Por último, como aportación del Derecho penal internacional, también se afirma la responsabilidad penal de los mandos o eslabones intermedios de la cadena del mando militar, que reciben la orden de un superior jerárquico y la transmiten a sus subordinados. Podría pensarse que estos mandos se limitan a transmitir la orden criminal, pero la doctrina ha entendido que realmente añaden su propia contribución al delito pues utilizan una potestad propia al ordenar el cumplimiento del mandato a sus subordinados jerárquicos. Es clásica la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de Alemania sobre este tipo de responsabilidad en relación con los casos de los Guardias de Fronteras del «muro» de Berlín.

#### d) Los términos «Gobierno» o «superior»

Para el precepto comentado, las órdenes pueden ser emitidas por el Gobierno o un superior, militar o civil. De forma que quien da la orden es un miembro del Gobierno o pertenece a algún órgano gubernamental con poder de dirección sobre sus subordinados o ciudadanos, sean estos nacionales o personas que residan en territorios ocupados. El órgano competente debe estar formalmente legitimado para emitir órdenes y el funcionario, subordinado o ciudadano obligado –en general– a cumplirlas, aunque hay que precisar que no existe el deber de cumplir las órdenes cuya ejecución sea constitutiva de delito.

En condiciones normales el Gobierno remite estas órdenes a través de órganos o mandos intermedios y estos a los órganos ejecutores, que las hacen cumplir por los destinatarios finales del mandato. Debemos añadir que también están comprendidas en estas órdenes las emanadas de Gobiernos establecidos «*de facto*» en un territorio determinado.

La condición de lo que debe entenderse por superior, en el ámbito castrense, viene referida al militar que, respecto a otro, ostente empleo jerárquicamente más elevado, o ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función

que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria. Naturalmente el orden de un superior puede emanar de las más altas autoridades militares, del Ministerio de Defensa o de los mandos intermedios, así como provenir del superior inmediato, siempre dentro del ámbito de su competencia.

No tiene relevancia práctica, a los efectos del artículo 33 del Estatuto de Roma, que la orden provenga del Gobierno o de un superior, porque lo decisivo es que exista una relación jerárquica de subordinación.

Algún autor, como O. Triffterer, excluye la subordinación dentro de una organización criminal, pero la incluye en el interior de las empresas civiles, donde exista la jerarquía y de cuyo contrato válido se derive la obligación de obedecer órdenes.

Recientemente, en el texto de la sentencia de la Corte Penal Internacional, que absolvió a Mathieu Ngudjolo, se afirma que los testimonios recibidos en la audiencia han permitido a la Sala medir la importancia de las costumbres locales (de Ituri, República Democrática del Congo) y el lugar que ocupan las relaciones familiares, pudiendo constatar que las nociones de jerarquía y de obediencia eran susceptibles de ser interpretadas de diferente forma a la vista del lugar ocupado por los fetichistas (hechiceros) y su rol en las sociedades locales.

En las normas de Derecho internacional humanitario, se consideran superiores, respecto de los prisioneros de guerra de los que un Estado sea potencia detenedora (III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949), los militares, cualquiera que fuere su empleo, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de tales cometidos.

#### e) Los conceptos de «militar» o «personas civiles»

Conviene resaltar adecuadamente que el superior puede ser militar o persona civil, según la precisión que hace el artículo 33 del Estatuto de Roma, siendo necesario que este superior tenga el control efectivo de las personas destinatarias del mandato, a las que se ordena cometer violaciones constitutivas de un crimen internacional. El precepto abarca desde las órdenes directas del Gobierno, de un superior militar o de un funcionario civil hasta aquellas emanadas de empresas u organizaciones industriales sobre sus empleados.

La postura adoptada por la Corte Penal Internacional ha sido interpretar en el caso Jean-Pierre Bemba Gombo que el término «jefe militar» reagrupa a todas las personas que ejercen una responsabilidad de mando en el seno de las Fuerzas Armadas, cualquiera que sea el grado o escala y designa a quien puede ocupar la más alta posición en la cadena de mando o al que tiene únicamente algunos soldados a sus órdenes. En esta disposición, la noción de jefe militar abarca igualmente la figura del superior que no ejerce exclusivamente funciones militares.

f) Concurrencia de una relación de causalidad entre la orden y la conducta típica

El precepto objeto de comentario se refiere a quien hubiere cometido un crimen «en cumplimiento de una orden», de forma que si se comete el crimen con independencia del mandato no es aplicable el precepto. Se trata de la concurrencia de una relación de causalidad entre la orden y la realización de la conducta incriminada. Es decir que el subordinado ejecute la conducta típica obedeciendo a la orden recibida.

Una consolidada postura de la doctrina advierte que la orden no tiene por qué ser la única motivación para la actuación de la persona subordinada, siendo suficiente que el crimen se inicie o esté inspirado como reacción a una orden recibida. Conexión entre orden y crimen que, necesariamente, ha de ser valorada *ex post facto*. Ello nos lleva a relacionarlo con el artículo 30 del mismo Estatuto (*mens rea*), que establece que actúa intencionalmente, en relación con una conducta, quien se propone incurrir en ella y, en relación con una consecuencia, el que se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

### 2.5. Las condiciones establecidas en el Estatuto de Roma para la obediencia jerárquica

El precepto que analizamos (artículo 33 del Estatuto de Roma) exige para la exigente la concurrencia imprescindible de tres requisitos.

a) La necesaria existencia de la obligación legal de obedecer derivada de la relación jerárquica

El requisito inicial es fundamentalmente formal y hace referencia a la relación jerárquica que debe existir entre el superior de quien emana el mandato y el subordinado en quien debe concurrir el deber de obediencia. De manera que la orden debe ser dada por un superior jerárquico (es decir: el gobierno o un superior, sea militar o civil), dentro de la esfera de su competencia y en relación con asuntos del servicio (que implica que la orden se encuentre dentro de las atribuciones que legalmente correspondan al superior, pues fuera de ellas no existe deber de obediencia jerárquica). Además es necesario que se comuniquen el mandato en la forma adecuada (normalmente se puede exigir por escrito si la ejecución de la orden compromete la responsabilidad del subordinado) y es preciso que se trate de una orden concreta (para llevar a cabo u omitir una actuación específica) y de un mandato inequívoco y terminante (algo distinto al mero asesoramiento o consejo). Finalmente es imprescindible que el deber

de obediencia derivado de la relación jerárquica se encuentre establecido por ley, es decir por una norma jurídica de adecuado rango.

La exigencia de que la persona que haya cometido el crimen estuviera obligada por ley a obedecer órdenes emitidas por el Gobierno o superiores, no hace referencia a la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, pues no se pronuncia sobre el contenido de la orden (conforme o no al ordenamiento jurídico), sino que se limita al aspecto formal consistente en la preexistencia de una relación jerárquica de subordinación de la que se derive la genérica obligación del subordinado de obedecer las órdenes emanadas del Gobierno o de sus superiores.

b) Los requisitos del mandato: Desconocimiento de la ilicitud de la orden

La condición segunda se adentra ya en el contenido del mandato, puesto que es necesario que el subordinado «no supiera que la orden era ilícita», lo que describe un clásico e invencible error de prohibición. A este requisito se refería, con ancestral terminología, el derogado Código de Justicia Militar español cuando excluía la eximente de obediencia debida si se había prestado «con malicia». En definitiva, el subordinado que sabe que la orden recibida es ilícita (no se exige que conozca su evidente carácter delictivo, sino que basta con que sea consciente de su clara contrariedad al ordenamiento jurídico), aunque estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores, no puede ampararse en la eximente de obediencia jerárquica pues su exculpación se puede basar únicamente en el error de prohibición. Y como consecuencia podemos decir que no se le puede imponer el deber de obediencia respecto al cumplimiento de tales órdenes (ilícitas), sino que, por el contrario, al negarle la exención de responsabilidad penal si las ejecuta, realmente se le obliga a desobedecer las que constituyan delito. Esta conclusión se deduce, por otra parte, de la Norma 154 del Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

c) La legalidad aparente del mandato: Orden no manifiestamente ilícita

Sin embargo, no es suficiente para la apreciación de la eximente que el sujeto estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores, ni que no supiera que la orden era ilícita, además es preciso (y este es el tercer requisito que establece el precepto) que la orden no fuera manifiestamente ilícita. El adverbio «manifiestamente» (es decir, con claridad y evidencia, descubiertamente) es la clave del precepto y confiere cierto carácter objetivo a la calificación de la orden (frente a la ignorancia del sujeto sobre la ilicitud del mandato). Ahora sí se elimina la posibilidad de un error de prohibición puesto que, en todo caso, ese error sería vencible

ante la manifiesta ilicitud de la orden. En el Código Penal español de 1995, estas cuestiones deben resolverse mediante la aplicación del artículo 14.3, que regula el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal.

## IX. TRATAMIENTO DEL ERROR

Pese a todos los esfuerzos empeñados en la Conferencia Diplomática de Roma, el Estatuto en su artículo 32 sigue empleando la caduca terminología del «error de hecho o error de derecho» para eximir de responsabilidad penal. La clave del precepto es el error (de hecho o de derecho, o con mejor técnica: error de tipo o error de prohibición) que «hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen», denominador común en el precepto a las dos clases de error, pues el inciso final del artículo remite simplemente a la eximente de obediencia jerárquica (art.33 del Estatuto), como uno de los posibles supuestos del error de derecho.

La crítica se refiere pues a la utilización de la ya superada terminología (error de hecho y error de derecho), abandonada por la legislación, jurisprudencia y doctrina penal modernas, que se refieren hoy al error de tipo o al error de prohibición (o de permisión).

Ahora bien, como ha puesto de manifiesto la doctrina, no coincide la distinción error de tipo-error de prohibición con la dicotomía error de hecho-error de derecho, pues hay errores de prohibición que son errores de hecho (agresión sin base real en la legítima defensa putativa) y errores de tipo que son errores de derecho (error sobre un elemento normativo del tipo penal, por ejemplo el error sobre el concepto de bienes civiles u objetivos militares, o sobre la condición de prisionero de guerra). La referencia del Estatuto al error de hecho y error del derecho fue irónicamente calificada en Roma por un ilustre penalista como una distinción propia del paleolítico superior superada hace tiempo por la ciencia del Derecho penal continental.

Nada se dispone en el precepto sobre la vencibilidad del error dada la inexistencia de tipos imprudentes en los crímenes de la competencia de la Corte (con la excepción, como hemos visto, de un supuesto previsto en el artículo 28.a), i) del Estatuto), en virtud de lo determinado por el artículo 30 (elemento de intencionalidad). Finalmente, es indudable que el «error de derecho» acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte, que es un error procesal intrascendente para la intencionalidad delictiva (y que deja inalterables todos los elementos del tipo), no puede eximir de responsabilidad criminal, como acertadamente dispone el primer párrafo del artículo 32.2 del Estatuto.

Muchas gracias por su atención.



# MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD: NUEVO PUNTO DE INFLEXIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD A LA LUZ DE LA RESOLUCIÓN 2242 (2015) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA MUJER Y LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Conferencia pronunciada por D.<sup>a</sup> Susana de Tomás Morales en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 3 de marzo de 2016. Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, miembro de la 20<sup>a</sup> Sección de Derecho Militar. Profesora propia agregada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y directora del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho (ICADE) de la Universidad Pontificia Comillas.

## I. INTRODUCCIÓN

La Resolución 2242<sup>1</sup>, objeto de análisis, fue adoptada el pasado día 13 de octubre de 2015, bajo la presidencia española del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, coincidiendo con las siguientes efemérides: el 30<sup>o</sup> Aniversario de la celebración, en Nairobi, de la Tercera Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer, bajo el lema: Igualdad, Desarrollo y Paz<sup>2</sup> (en adelante, Conferencia de Nairobi); con el 20<sup>o</sup> Aniversario de la celebración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, en que se adoptaron dos importantes documentos: la

1 Resolución 2242(2015), aprobada por unanimidad por el Consejo de Seguridad en su 7533<sup>a</sup> sesión, celebrada el 13 de octubre de 2015. Doc.: S/RES/2242(2015).

2 La Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, convocada por las Naciones Unidas, tuvo lugar en México D.C., en 1975, coincidiendo con la celebración del Año Internacional de la Mujer. La Segunda Conferencia se celebró en Copenhague, en 1980. Sin embargo, en ninguna de ellas se produjeron avances significativos en relación con la materia que nos ocupa.

Declaración de Beijing y su Plan de Acción<sup>3</sup> (en adelante, Conferencia de Beijing) y, por último, con el 15º Aniversario de la adopción de la histórica Resolución 1325<sup>4</sup> del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El contexto histórico, pues, en el que se adopta la Resolución 2242 no resulta baladí, por lo que es preciso ofrecer, como punto de partida y a modo de pequeñas pinceladas históricas, las grandes aportaciones que se han producido, hasta el momento, en el ámbito de la agenda del Consejo de Seguridad sobre la Mujer, la Paz y la Seguridad (en adelante MPS), con la finalidad de apreciar mejor de dónde partimos y hacia dónde vamos.

Tras el breve repaso histórico, podremos afirmar que, de forma innegable, nos encontramos ante una resolución más de desarrollo de la Resolución 1325. Sin embargo, atendiendo a las importantes novedades que se incorporan en la agenda sobre MPS del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 2242, podremos afirmar que nos encontramos ante un nuevo punto de inflexión en materia de seguridad.

En consecuencia, procederemos, posteriormente, a destacar las grandes aportaciones que se contienen en la Resolución 2242, indicando los nuevos retos que se plantean en el ámbito de la Seguridad y la Defensa Nacional en relación con la implementación de cada una ellas y, en la medida de lo posible, realizar una especial reflexión en cuanto a sus implicaciones en el concreto contexto de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz (en adelante, OMP).

El análisis de las grandes aportaciones que se contienen en la Resolución 2242 se estructurará en tres grandes epígrafes. En el primero, abordaremos el incremento del acervo existente en la agenda sobre MPS en el que se adopta la resolución de referencia, destacando dos grandes cuestiones: por una parte, la vinculación de la agenda sobre MPS con la agenda sobre terrorismo y el extremismo violento que puede desembocar en terrorismo; y, por otra, su vinculación a la transferencia ilícita de armas pequeñas y armas ligeras.

En un segundo gran epígrafe, nos centraremos en el paso cualitativo que se da en relación con la política de tolerancia cero de los crímenes de violencia sexual contra mujeres y niñas en relación con las OMP. En el tercer y último epígrafe, atenderemos al incremento del número de mujeres y su ineludible vinculación a las cuestiones presupuestarias.

Finalizaremos el presente análisis con unas conclusiones finales sobre las referidas aportaciones en las que nos permitiremos destacar los grandes avances que se incorporan en la Resolución 2242 e incluir algunos aspectos

---

3 Véase informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, del 4 al 15 de septiembre de 1995. Doc.: A/CONF.177/20/Rev.1.

4 Resolución 1325(2000), aprobada por unanimidad por el Consejo de Seguridad en su 4213ª sesión, celebrada el 31 de octubre de 2000. Doc.: S/RES/1325(2000).

mejorables sobre los que se debería seguir trabajando en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

## II. BREVES PINCELADAS HISTÓRICAS: ¿DE DÓNDE PARTIMOS?

En la Conferencia de Nairobi, celebrada en 1985, se ofrecía un nuevo y amplio enfoque del adelanto de la mujer: la igualdad de la mujer aborda a todas las esferas de la actividad humana, por lo que se hacía evidente que se requería perspectiva y participación activa de la mujer en todas las cuestiones. Para ello, se sentaron las bases de una nueva perspectiva estratégica: todas las cuestiones estaban relacionadas con la mujer, por lo que la participación de la mujer en la toma de decisiones tendría que ser incorporada en todas las instituciones sociales. En esa línea, se propusieron directrices para adoptar medidas nacionales que fomentasen la participación de la mujer en la promoción de la paz y la prestación de asistencia a las mujeres que se encontrasen en situaciones de especial peligro.

Diez años más tarde, en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, se produjo un avance significativo con la adopción de la Declaración de Beijing y su Plan de Acción. En ambos documentos se traslada el centro de atención sobre la mujer al concepto de género: el tema de la paz se vincula al nuevo concepto del «*Gender mainstreaming*»<sup>5</sup>.

En su Plan de Acción, se identifican doce esferas de especial preocupación (es decir, esferas donde se evidencian los mayores obstáculos para el adelanto de la mujer), entre las que encontramos «La mujer y los conflictos armados». En esta esfera, la mujer es objeto de atención desde una doble perspectiva, en línea con la estrategia adoptada en Nairobi: por una parte, como víctima de los conflictos armados, para lo que insta a la intervención tanto de los Estados como de la Comunidad Internacional; por otra, como sujeto activo en la solución de los conflictos armados, para lo que se requerirá la participación activa y equitativa de la mujer en la solución de conflictos armados en todos los niveles de adopción de decisiones.

---

5 Como ya hemos mantenido en otras ocasiones, el término «*mainstreaming*» referido al género, conlleva un sinfín de implicaciones, por lo que no debemos proceder a meras traducciones literales del mismo, sino utilizarlo con prudencia, sin obviar ninguna de las dimensiones del mismo que incluyan tanto al proceso como al resultado que se desea obtener: la igualdad de género en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales. Véase: DE TOMÁS MORALES, S., *La Mujer y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz*, Dykinson, Madrid, 2010. No obstante, las definiciones de referencia que han de ser atendidas para su correcta implementación en España son las ofrecidas desde el seno de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, en los respectivos documentos: Informe del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 18 de septiembre de 1997. Doc.: A/52/3, pp.28 a 34; y *Gender Mainstreaming. Conceptual Framework, methodology and presentation of good practices. Final Report of Activities of Mainstreaming* (EG-S-MS). Doc.: EG-S-MS (1998) 2rev.

La adopción de la histórica Resolución 1325<sup>6</sup>, el 31 de octubre de 2000, no solo representó un primer punto de inflexión en materia de seguridad por incorporar en el Consejo de Seguridad el nuevo concepto del *gender mainstreaming* (o perspectiva de género, tal y como se ha venido traduciendo en España), sino por su específica incorporación a las OMP, tanto en la atención de la mujer víctima, como en el papel activo que han de desempeñar *las mujeres como constructoras de la paz*. Sin embargo, su adopción no ha conseguido eliminar la brecha entre el reconocimiento de *iure* y de *facto* de la igualdad de género en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales.

Las sucesivas resoluciones que han sido adoptadas por el Consejo de Seguridad, en desarrollo de la Resolución 1325, son fiel reflejo de ello. De este modo, desde que fue adoptada la Resolución 1325 hasta la adopción de la nueva Resolución 2242 se han adoptado un total de seis resoluciones de desarrollo: En 2008, la Resolución 1820<sup>7</sup>; en 2009, las Resoluciones 1888<sup>8</sup> y 1889<sup>9</sup>; en

---

6 Podríamos sintetizar los grandes logros de la Resolución 1325 en dos grandes apartados. En primer lugar, reafirma el crucial papel de las mujeres en la prevención y solución de los conflictos y en la consolidación de la paz, al tiempo que reclama una participación e intervención PLENA de la mujer, en un plano de igualdad y en todas las medidas encaminadas al mantenimiento y fomento de la paz y la seguridad: procesos de adopción de decisiones en la prevención y solución de conflictos, así como en los procesos de paz. En segundo lugar, la incorporación del *mainstreaming* de género en las OMP, a través de las siguientes acciones: a) Inclusión de un componente de género en las OMP sobre el terreno; b) Ampliación del papel y aportación de las mujeres en las OMP sobre el terreno, especialmente entre los observadores militares, la policía civil y el personal dedicado a los derechos humanos y actividades humanitarias; c) Nombramiento de más mujeres representantes especiales y enviadas especiales para realizar misiones de buenos oficios en su nombre; d) Incremento de la participación de las mujeres en la adopción de todas las medidas de mantenimiento de la paz y consolidación de la paz: Ejecución plan de acción; e) Ejecución de un Plan de Acción; f) así como proporcionar directrices a los Estados sobre la importancia de la participación de las mujeres.

7 Resolución 1820(2008), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5916ª sesión, celebrada el 19 de junio de 2008. Doc.: S/RES/1820(2008). En ella, se indicarán cuáles son los verdaderos obstáculos que dificultan la participación igualitaria y plena de las mujeres: la violencia, la intimidación y discriminación, en claro menoscabo de su capacidad y legitimación para participar en los procesos de reconstrucción postconflicto. De este modo, se califica la violencia sexual como táctica de guerra y se considera este tipo de actos como crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra. En consecuencia, se resaltará la necesidad de sancionar a los responsables de actos de violencia sexual en conflicto, y la necesidad de acabar con la impunidad.

8 Resolución 1888(2009), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6195ª sesión, celebrada el 30 de septiembre de 2009. Doc.: S/RES/1888(2009). En esta resolución se ofrece un nuevo impulso en relación con la protección de la población civil en situaciones de conflicto armado, solicitándose al secretario de las Naciones Unidas la creación de un representante especial para la violencia sexual en los conflictos armados. Al mismo tiempo, se pide el fortalecimiento de las medidas de prevención y sanción de la violencia sexual contra las mujeres y niñas en situaciones de conflicto armado, incluyendo disposiciones concretas en los Mandatos de las OMP de Naciones Unidas.

9 Resolución 1889(2009), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6196ª sesión, celebrada el 5 de octubre de 2009. Doc.: S/RES/1889(2009). En la Resolución 1889, centrada en la promoción del papel de las mujeres en los procesos de paz, se solicita al secretario general la presentación, al Consejo de Seguridad, de una serie de indicadores para verificar la aplicación efectiva de la resolución 1325. En cuanto al ámbito de la mujer víctima, se instará a la criminalización de los actos de violencia sexual e inclusión en códigos penales nacionales.

2010, la Resolución 1960<sup>10</sup>; y en 2013, las Resoluciones 2106<sup>11</sup> y 2122<sup>12</sup>. Del análisis de las mismas, se evidencia un mayor progreso, al menos de *iure*, en el ámbito de la protección de la mujer como víctima de los conflictos armados, en comparación con los esfuerzos dirigidos al empoderamiento<sup>13</sup> de la mujer para que asuma un liderazgo en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales. Si tenemos en cuenta, además, el desigual nivel de compromiso de los Estados, tanto miembros o no del Consejo de Seguridad, resultaba necesario impulsar una nueva resolución de desarrollo para que los Estados asumiesen mayores responsabilidades en relación con la protección de las mujeres en situaciones de conflicto armado y con el liderazgo de la mujer como agente necesario para la consecución de una paz duradera.

---

10 Resolución 1960(2010), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6543<sup>o</sup> sesión, celebrada el 16 de diciembre de 2010. Doc.: S/RES/1960(2010). Esta resolución contiene importantes avances en la lucha contra la violencia sexual. En este sentido, se solicita al secretario general la confección de una lista –a modo de anejo de su informe anual sobre la materia– de las partes de un conflicto en relación con las que existan indicios de ser responsables de violaciones y otras formas de violencia sexual. Son importantes, también, los avances en materia de capacitación/adiestramiento del personal civil y militar que desarrolla sus funciones en una OMP sobre el terreno sobre la normativa de Derecho internacional humanitario como eficaz instrumento en la lucha contra la violencia sexual contra mujeres y niñas en situaciones de conflicto armado. Expresamente, se incluye, como consecuencia de su no cumplimiento, Responsabilidad del Mando civil o militar.

11 Resolución 2106(2013), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6984<sup>o</sup> sesión, celebrada el 24 de junio de 2013. Doc.: S/RES/2116(2013). En ella se solicita un mayor esfuerzo por parte de las Naciones Unidas y de sus Estados miembros para conseguir un respeto pleno de las resoluciones en este ámbito y, en especial, luchar contra la impunidad de la violencia sexual en situaciones de conflicto armado. Se constata una evidencia: la base para prevenir la violencia sexual en estas situaciones de conflicto y post conflicto es el reconocimiento de la igualdad de género y el empoderamiento político, social y económico de las mujeres.

12 Resolución 2122(2013), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7044<sup>o</sup> sesión, celebrada el 18 de octubre de 2013. Doc.: S/RES/2122(2013). La Resolución 2122 insiste, una vez más, en la rendición de cuentas y subraya la necesaria participación de la mujer en todas las fases de un conflicto: prevención, resolución y recuperación. Esta resolución reconoció que el Consejo de Seguridad necesita recibir mejor información sobre los retos en esta materia, a través de, entre otras vías, la inclusión de información estratégica en todos los informes cuyo destinatario sea este órgano.

13 No existe tampoco un sentido unívoco del término «empoderamiento». Sin embargo, acogemos la definición incluida en el Plan de Acción: Mujeres y construcción de la paz de la Cooperación Española, en el que el término empoderamiento se atiende desde una doble perspectiva: «Por un lado, significa la toma de conciencia del poder que tienen las mujeres individual y colectivamente. En este sentido, tiene que ver con la recuperación de la propia dignidad y autoestima de cada mujer como persona. Por otro lado, tiene una dimensión política, en cuanto que pretende que las mujeres estén presentes en los lugares donde se toman las decisiones; es decir, que puedan ejercer el poder en la misma medida que los hombres. Se trata de fortalecer la posición social, económica y política de las mujeres desde la concepción del término poder como “poder para” y no como “poder sobre”, lo que supondría la transformación de las relaciones de poder existentes entre los hombres y las mujeres, discriminatorias para ellas». Doc: Plan de Acción: Mujeres y construcción de la paz de la Cooperación Española, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Secretaría de Estado de Cooperación Internacional. Dirección General de Planificación y Evaluación de Políticas para el Desarrollo, Madrid, 2009, p.21.

El Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC) elaboró un documento en el que se recogían las prioridades para la referida presidencia española durante el período 2015-16, donde se encontraba la promoción, desde el Consejo de Seguridad, de «[...] *la aplicación efectiva de las resoluciones sobre MPS*», así como el apoyo a «[...] *la participación activa de mujeres en procesos de consolidación de la paz y la lucha contra la impunidad frente a los crímenes de violencia sexual en conflictos*»<sup>14</sup>. Consecuentemente, es innegable, como ya hemos apuntado, que nos encontramos ante una nueva resolución de desarrollo de la Resolución 1325, con importantes aportaciones en el ámbito de la protección de la mujer víctima de los conflictos armados. Sin embargo, atendiendo a las importantes novedades que se incorporan en la agenda sobre mujeres, paz y seguridad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, podemos afirmar que nos encontramos ante un nuevo punto de inflexión en materia de seguridad, incrementando el acervo hasta ahora existente, al incluir, en la referida agenda, retos y amenazas hasta ahora no contemplados, como son el terrorismo y el extremismo violento que puede desembocar en terrorismo, así como la transferencia ilícita de armas pequeñas y ligeras. Además, podemos afirmar que nos encontramos ante un nuevo punto de inflexión si tenemos en cuenta el gran valor que se le concede a la participación de la sociedad civil, especialmente a las mujeres, de tal manera que podríamos hablar de un nuevo planteamiento estratégico.

### **III. EL INCREMENTO DEL ACERVO EXISTENTE EN LA AGENDA SOBRE LA MUJER, LA PAZ Y LA SEGURIDAD**

Una de las grandes novedades y aportaciones en el ámbito de la seguridad, que nos permitirá mantener la afirmación de que nos encontramos ante un nuevo punto de inflexión en la materia, se materializa en el incremento del acervo existente. Esta novedad nos recuerda que no existe ninguna esfera de la seguridad que le sea ajena a la mujer y que no solo resulta necesario atender a todos los riesgos y amenazas que atentan a la seguridad interna e internacional desde la perspectiva del género, sino que han de integrarse, tanto a nivel internacional como nacional, las agendas sobre mujer, paz y seguridad con las agendas que atienden a otros riesgos y amenazas globales a las que debemos ofrecer una respuesta integral y eficaz. De momento, con la Resolución 2242 se ha dado el pistoletazo de salida con la vinculación de la agenda sobre MPS con dos importantes riesgos y amenazas.

---

14 «Las prioridades de España al ejercer la presidencia del Consejo de Seguridad, durante el bienio 2015-2016», Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid, 2015. Se puede encontrar en la siguiente página web: <http://www.exteriores.gob.es>.

Es deseable que, durante 2016, la representación española ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas siga avanzando en esta línea, en relación con otros riesgos y amenazas que aún no son objeto de atención por el principal órgano de las Naciones Unidas en el que descansa la responsabilidad primordial, aunque no exclusiva, del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Así, por ejemplo, a pesar de que sería un gran avance, en materia de seguridad, el que se pudiesen introducir las ciberamenazas dentro de la agenda del Consejo de Seguridad, las reticencias de algunos Estados hacen que su inminente inclusión se pueda quedar en el plano de los deseos. Sin embargo, la adopción de la Resolución 2242 nos muestra una nueva vía que permitiría conseguir su introducción paulatina si se vinculan las ciberamenazas al terrorismo y al extremismo violento que puede desembocar en terrorismo; es decir, ni siquiera vincularlo a todo tipo de ciberterrorismo, sino al ciberterrorismo vinculado al extremismo violento que puede desembocar en terrorismo, de tal manera que se pudiese incluir tanto en la agenda sobre terrorismo como en la agenda sobre MPS.

Este nuevo planteamiento estratégico, sin lugar a dudas, constituye por sí mismo uno de los más eficaces instrumentos para el empoderamiento de la mujer en el ámbito de la seguridad.

## **1. LA INTEGRACIÓN DE LAS AGENDAS SOBRE LA MUJER, LA PAZ Y LA SEGURIDAD Y SOBRE TERRORISMO Y EXTREMISMO VIOLENTO QUE PUEDE DESEMBOCAR EN TERRORISMO**

Tras la constatación del auge del terrorismo y del extremismo violento que puede desembocar en terrorismo, en la Resolución 2244, se decide ampliar la agenda sobre MPS. En este sentido, debemos matizar que la vinculación que se realiza no va dirigida a cualquier tipo de terrorismo, sino a la conjunción del terrorismo con lo que venimos a considerar en la Estrategia de Seguridad Nacional<sup>15</sup> (ESN), factor potenciador<sup>16</sup> del riesgo, que, en la práctica, ha llevado a hablar de una modalidad o tipo de terrorismo autónomo que conocemos como terrorismo Yihadista.

Una vez determinado el tipo de terrorismo que es objeto de atención por la Resolución 2242, analizaremos en qué se concreta la integración de ambas

---

15 «La Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido» fue adoptada en 2015. Disponible en: [www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad\\_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf).

16 Si bien de forma expresa no se hace referencia al extremismo violento, en la ESN de 2015, junto a los riesgos y amenazas que atenazan de forma singular a la seguridad nacional, se contemplan otros factores que bien pueden generar nuevos riesgos o amenazas o pueden multiplicar o agravar sus efectos, entre los que se recogen los extremismos ideológicos. Es evidente que se hace referencia a aquellos extremismos no democráticos, entre los que se incluiría al extremismo violento que puede desembocar en terrorismo.

agendas, tanto en el seno de las Naciones Unidas como en los Estados miembros.

En primer lugar, podemos destacar que, en relación con las Naciones Unidas, se establece de forma muy concreta cómo se debe aumentar la integración de ambas agendas, de tal forma que se solicita al Comité contra el Terrorismo (CCT) y a la Dirección Ejecutiva del CCT (DECT) que integren el género como cuestión transversal en todas las actividades de sus respectivos mandatos, incluidas las evaluaciones e informes sobre países concretos, las recomendaciones hechas a los Estados miembros y la información presentada oralmente al Consejo de Seguridad. Además, se les alienta a celebrar más consultas con mujeres y organizaciones de mujeres para que les ayuden a orientar su labor (es decir, la importancia de lo que podemos denominar «escuchar a las mujeres»). También se alentará al equipo especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo (EEELT) a adoptar el mismo enfoque en las actividades previstas en su mandato.

En relación con los Estados, sin embargo, simplemente se insta a que aumenten la integración de ambas agendas. No obstante, no resulta difícil entender en qué línea deberán hacerlo: por una parte, reforzando la coordinación de los órganos estatales competentes y, por otra, contando con un asesoramiento adecuado en la materia que nos ocupa, otorgando un papel relevante a la sociedad civil y muy especialmente a las mujeres. En España, la Ley de Seguridad Nacional<sup>17</sup>, atiende perfectamente a la necesaria coordinación entre los órganos competentes de la seguridad nacional, regulados en su Título I. En concreto, en su preámbulo, se manifestará que:

*«[...] la dimensión que adquieren ciertos riesgos y amenazas, su acusada transversalidad, o la combinación de estos rasgos con su naturaleza abierta e incierta (...) son factores que indican claramente que toda respuesta a los que implique a los distintos agentes e instrumentos de la Seguridad Nacional se verá reforzada y resultará más eficiente si se realiza de forma coordinada».*

En la referida ley, además, se incorpora, en su artículo 8º la participación ciudadana en la seguridad nacional, para lo que se establecerán «*mecanismos que faciliten la participación de la sociedad civil y sus organizaciones en la formulación y ejecución de la política de Seguridad Nacional*». En consecuencia, contamos con un marco legal inmejorable para la integración de ambas agendas en España.

En segundo lugar, en la Resolución 2242 se aborda la necesidad de realizar investigaciones y proceder a la recopilación de datos con perspectiva de

---

<sup>17</sup> Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. BOE núm.233 de 29 de septiembre de 2015 (Referencia: BOE-A-2015-10389).



género sobre los factores que provocan la radicalización de las mujeres y sobre el impacto de las estrategias antiterroristas en los DDHH de las mujeres. El acierto de incluir ambas actividades (investigaciones y recopilación de datos) es indudable si, como se establece en la propia resolución, el objetivo que se persigue consiste en responder con políticas y programas específicos con base empírica.

En este sentido, se pronunciaría el CICR en la Declaración sobre «Adelanto de la Mujer»<sup>18</sup>, ante la AG de las NNUU, con ocasión del 15º Aniversario de la adopción de la Resol. 1325 y del 20º de la Declaración de Beijing:

*«El desarrollo de respuestas adaptadas e informadas requiere un análisis adecuado y sistemático de las diferentes vulnerabilidades relativas al género, la edad y la discapacidad.*

*Por último, el principio de “no causar daño” debe permanecer en el centro de cualquier respuesta. Siempre debemos asegurarnos de que el apoyo brindado no agravará la violencia en la comunidad o en el hogar y que no exacerbará la discriminación existente».*

Sin embargo, en relación con esta importante cuestión, se solicita que las entidades onusianas realicen estas actividades (incluida la DECT en colaboración con ONU-MUJERES), mientras que a los Estados solo se les «insta» a realizarlas.

En cuanto al contenido de estas investigaciones y recopilación de datos, también debemos acoger de forma satisfactoria cómo es objeto de atención la mujer: no solo como víctima del terrorismo y del extremismo violento que puede desembocar en terrorismo, sino buscando las causas estructurales que lleva a convertirla en agente activo al radicalizarse.

En tercer lugar, destacaremos cómo se atiende a la mujer víctima de estos actos de terror. Por una parte, la Resolución 2242 reconoce el diferente impacto que el terrorismo y el extremismo violento que puede desembocar en terrorismo tiene en los DDHH de las mujeres y las niñas, que son objeto de ataques por grupos terroristas. Por otra parte, se constata que la violencia sexual ya no solo ha sido y sigue siendo utilizada como una táctica de guerra, sino que nos encontramos ante la alarmante situación de que los actos de violencia sexual de mujeres y niñas y por razón de género son parte de los objetivos estratégicos y de la ideología de ciertos grupos terroristas, por lo que puede calificarse como una táctica terrorista. Al respecto, sin necesidad de entrar en detalles, todos los

---

18 Declaración del CICR: «Adelanto de la Mujer», ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 70º período de sesiones, artículo 29 en el orden del día, declaración del CICR, Nueva York, 13 de octubre de 2015.

presentes estaremos recordando la imagen de las niñas secuestradas por el grupo terrorista BOKO HARAM.

Lamentablemente, en esta ocasión, el Consejo de Seguridad ha vuelto a perder la oportunidad de atender a la discapacidad<sup>19</sup>, que podía haber sido introducida con gran facilidad, en relación con la especial vulnerabilidad de las mujeres y niñas con discapacidad a ser utilizadas como «arma terrorista» (niñas con síndrome de *down* a las que se les ponen chalecos de explosivos para ejecutar sus actos de terror) o como víctimas de violencia sexual como táctica terrorista. En cuarto lugar, destacaremos los mecanismos que se establecen para empoderar a la mujer en la lucha frente al terrorismo y el extremismo violento que puede desembocar en terrorismo. En este ámbito y en un plano de igualdad, se establece que tanto Naciones Unidas como los Estados miembros deben garantizar la participación y liderazgo de las mujeres y organizaciones de mujeres en la elaboración de estrategias, incluso combatiendo la incitación a cometer actos terroristas, creando contraargumentos y otras intervenciones apropiadas.

Consecuentemente, resulta necesario abordar las condiciones que propician la propagación del terrorismo y el extremismo violento que puede desembocar en terrorismo. La Resolución 2242 lo hace impulsando el empoderamiento de las mujeres, jóvenes y líderes religiosos y culturales, en consonancia con la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el terrorismo. Como podemos observar, el instrumento por el que se opta en esta resolución para la consecución del empoderamiento de la mujer consiste en la capacitación de las mujeres para desarrollar con eficacia sus funciones en relación con la lucha contra esta amenaza global.

En quinto y último lugar, queda abierto, no obstante, un gran interrogante pendiente en relación con esta primera aportación: ¿Serían aplicables todas estas cuestiones a las OMP? Si bien es innegable la aplicabilidad de la Resolución 2242 en las misiones internacionales que se puedan desarrollar en la lucha contra el terrorismo y el extremismo violento que puede desembocar en terrorismo, no se vincula esta importante cuestión en relación con las OMP. Este silencio, no significa que se impida. No debemos olvidar que las cada vez más complejas funciones que desempeñan las OMP, está permitiendo, en la práctica, que asuman funciones de apoyo a los Estados sobre los que se encuentra una zona de operaciones. El abanico de actividades para cumplir

---

19 Se hace cada vez más necesario que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas haga visibles a las personas con discapacidad frente a la invisibilidad que sufren en situaciones de conflicto y postconflicto armado, especialmente la que sufren los sectores más vulnerables de la sociedad, entre los que destacan las mujeres y los niños. Son escasas, incluso, las obras doctrinales sobre la materia y más aún en el contexto de una OMP, por lo que merece ser destacada, por su gran interés, la siguiente obra: DE PEDRO MORO, J.L., *Kabul y la situación de la infancia en Afganistán*, Fundación Academia de Yuste, 2005; especialmente, la segunda parte de la obra, titulada «situación de los niños discapacitados en Afganistán», pp. 90 a 113.

esas funciones de apoyo pueden ir dirigidas también a auxiliar al Estado anfitrión para tomar medidas frente a los grupos terroristas, especialmente en actividades dirigidas a la prevención de actos de terrorismo.

En relación con estas actividades de prevención, sería factible colaborar con las autoridades territoriales para la realización de investigaciones y recopilación de datos con la perspectiva de género antes mencionada, e incluso, que dentro de las actividades CIMIC se incluya el empoderamiento de las mujeres, jóvenes y líderes religiosos y culturales, mediante actividades de capacitación. Además, en la propia Resolución 2242, con carácter general, se alienta a los Estados a que ayuden a los países que se encuentran en situaciones de conflicto o postconflictos, incluso mediante la creación de capacidad, para aplicar las resoluciones sobre MPS. En consecuencia, también aplicable a la capacitación específica que se ha de ofrecer para que las mujeres puedan alcanzar ese liderazgo en la lucha contra el terrorismo y el extremismo violento que puede desembocar en terrorismo que se pretende conseguir.

## **2. LA TRANSFERENCIA ILÍCITA DE ARMAS PEQUEÑAS Y DE ARMAS LIGERAS Y SU INCLUSIÓN EN LA AGENDA SOBRE LA MUJER, LA PAZ Y LA SEGURIDAD**

*«[...] se puede afirmar sin margen para la duda que la proliferación de armas pequeñas es una amenaza muy grave e insidiosa. La proliferación incontrolada de las armas pequeñas y ligeras, consecuencia esencialmente de su tráfico ilícito, se ha convertido en una amenaza global con carácter emergente en cuanto que está afectando a toda la humanidad, se extiende por toda la tierra y tiene una enorme capacidad de hacer daño a la paz y la seguridad, al bienestar social de los pueblos y al Estado de derecho. Es una amenaza transversal que contamina todos los ejes en los que opera la RSS: la seguridad humana, las instituciones, el imperio de la ley y el desarrollo sostenible».<sup>20</sup>*

La incorporación de esta importante cuestión para la consecución de un estable entorno de paz constituye la segunda gran aportación en relación con el incremento del acervo existente, estableciéndose en la Resolución 2242 la necesidad de empoderar a las mujeres para que participen en el diseño e implementación de las iniciativas encaminadas a prevenir, combatir y erradicar la transferencia ilícita de armas pequeñas y de armas ligeras.

---

20 DOMÉNECH OMEDAS, J.L., «La lucha contra la proliferación incontrolada de las armas pequeñas y ligeras en el contexto de la reforma del sector de la seguridad. Un enfoque humanitario», *Cuadernos de Estrategia* (Ministerio de Defensa), núm.160, 2013, p. 226.

Se exhorta a los Estados miembros, las entidades de las Naciones Unidas y a las organizaciones intergubernamentales regionales y subregionales a que tomen en consideración el impacto específico de los entornos de conflicto y postconflicto en la seguridad, movilidad, educación, actividad económica y oportunidades de las mujeres y de las niñas, con el fin de mitigar el riesgo de que se conviertan en agentes activos de la transferencia ilícita de armas pequeñas y ligeras.

La experiencia de la participación de las mujeres de Liberia para que la Misión de las Naciones Unidas en Liberia (UNMIL), en 2003, pudiese cumplir con su mandato, tras el inicial y desastroso primer intento en solitario de eliminar las cuantiosas armas pequeñas y armas ligeras en poder de la población tras el conflicto, son un claro ejemplo de hacia dónde hay que trabajar: escuchar a las mujeres locales para obtener, en términos del ámbito OTAN, por todos conocido, un eficaz y eficiente cumplimiento del mandato.

Una vez más, el instrumento por el que se apuesta para conseguir el referido liderazgo será la capacitación de la mujer. En concreto, una específica capacitación de las mujeres para que asuman un liderazgo frente a la transferencia ilícita de armas pequeñas y de armas ligeras.

#### **IV. UN AVANCE CUALITATIVO EN RELACIÓN CON LA POLÍTICA DE TOLERANCIA CERO DE LOS CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MUJERES Y NIÑAS EN RELACIÓN CON LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ**

A pesar de que la Resolución 2242 realiza una firme apuesta por impulsar el liderazgo de la mujer en la construcción de la paz, no desatiende el ámbito de la protección de la mujer, como hemos tenido ocasión de percibir en relación con la protección de la mujer frente a las nuevas formas de violencia sexual como táctica del terrorismo. Sin embargo, donde encontramos una gran aportación es en relación con el paso cualitativo en la aplicación de la política de tolerancia cero frente a los crímenes de violencia sexual contra mujeres y niñas en relación con las OMP.

Nunca ha recobrado tanto sentido la expresión «predicar con el ejemplo» que cuando nos estamos refiriendo a la protección de las mujeres y niñas frente a los crímenes de violencia sexual que se incluye en los mandatos de las OMP. No puede existir mayor descrédito hacia una OMP cuando lejos de cumplir con el mandato, lo incumple. Tampoco puede existir mayor grado de injusticia, si tales actos se silencian y, aun peor, si no se juzgan. A pesar de que han existido genéricos y vagos reconocimientos sobre este tipo de actos criminales cometidos por parte de algunos miembros que integraban los contingentes

militares que participaban en el desarrollo de una OMP sobre el terreno, ha existido un gran hermetismo sobre la cuestión. En la Resolución 2242, por fin, se incluye el compromiso del secretario general de las Naciones Unidas de hacer públicas las faltas de conducta del personal de la Organización.

Esta lamentable situación empañaba el excelente trabajo que realizan los contingentes militares de la gran mayoría de los Estados, como es el ejemplar comportamiento, hasta el momento, de los miembros de las Fuerzas Armadas españolas que han sido desplegados en misión. Por ello, como hemos reivindicado en varias ocasiones, se requiere una uniformidad en relación con el adiestramiento sensible al género para todo el personal, tanto civil, policial y militar que participa en una OMP y que se ofrezcan garantías de una conducta ejemplar dentro de sus propios Ejércitos. De no poder ofrecer esas garantías, sería preferible no contar con ellos. Ese deseo se ha hecho realidad. En la Resolución 2242 se establece la prohibición de participar en OMP a los Estados que figuren de forma reiterada en los anexos de los Informes del secretario general sobre los niños y los conflictos armados y la violencia sexual en los conflictos.

Además, se solicita al secretario general que incluya en todos los informes que presente al Consejo de Seguridad, sobre la situación de países concretos, una sección sobre conducta y disciplina, en relación con la política cero frente a la explotación y abusos sexuales. En este sentido, se insta a verificar rigurosamente sus antecedentes, a que investiguen con prontitud y exhaustividad a los miembros de su personal uniformado y, si procede, los enjuicien, y a que informen oportunamente sobre la situación y los resultados de las investigaciones. A este propósito, se ofrece la posibilidad de colaborar con las autoridades nacionales y tribunales, en las investigaciones, si el Estado lo solicita.

A partir de la adopción de la Resolución 2242, se abordará la explotación y los abusos sexuales en las reuniones de las Naciones Unidas con los Estados que aportan contingentes militares y fuerzas de policía, al tiempo que se incorporarán estas cuestiones en el programa ordinario de Comité de Estado Mayor.

Tras la adopción de la Resolución 2242, se celebró una sesión del Consejo de Seguridad sobre abusos y explotación sexuales en OMP, el día 10 de marzo de 2016. En la referida sesión, la delegación española valoró de forma muy positiva las propuestas del secretario general contenidas en su informe sobre medidas especiales de protección contra la explotación y los abusos sexuales<sup>21</sup>, entre las que se incluye la repatriación de todo un contingente si

---

21 Informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre medidas especiales de prevención y protección contra la explotación y los abusos sexuales, de 4 de marzo de 2015. Doc.: A/70/729.

el Estado que contribuye con efectivos no colabora con las Naciones Unidas con lo que establecen sus acuerdos con la Organización. En relación con las medidas propuestas por el secretario general, España reiteró su compromiso a «repatriar de forma inmediata a cualquier miembro de nuestras misiones en el exterior objeto de denuncias por agresión sexual para que sea juzgado por un tribunal español en el plazo máximo de seis meses».

El 11 de mayo de 2016 se adoptó la Resolución 2272<sup>22</sup>, a través de la cual el Consejo de Seguridad hará suya la decisión del secretario general de repatriar a una unidad militar o policial que forme parte de un contingente cuando existan pruebas fehacientes de que dicha unidad haya cometido actos de explotación y abusos sexuales de manera generalizada o sistemática. Para poder hacer efectiva esta decisión, se solicitará al secretario general que ultime, con carácter de urgencia, su directriz para las OMP de las Naciones Unidas. Además, se le solicitará que proceda a la sustitución de todas las unidades militares y/o policiales constituidas del Estado que aporte contingentes o fuerzas policiales en las OMP de las Naciones Unidas en la que se haya presentado la denuncia o las denuncias de explotación y abusos sexuales por personal uniformado de otro Estado que aporte contingentes militares o fuerzas de policía si el Estado objeto de las referidas denuncias no ha tomado las medidas correspondientes para investigarlas y/o cuando no haya hecho rendir cuentas a los responsables o informado al secretario general de la marcha de sus investigaciones o de las medidas adoptadas. A la hora de hacer la sustitución, el secretario general deberá asegurar que el Estado que sustituya al anterior con sus contingentes militares o policiales haya respetado las normas de conducta y disciplinarias y haya afrontado de forma apropiada cualquier tipo de denuncia o actos confirmados de explotación y abusos sexuales por parte de su personal, si hubiesen existido.

## **1. EL MARCO JURÍDICO PENAL MILITAR ESPAÑOL COMO PUNTO DE REFERENCIA PARA SU CORRECTA IMPLEMENTACIÓN**

En relación con la atención a estas importantes cuestiones en el ámbito de nuestras Fuerzas Armadas, no podemos más que ofrecer un balance positivo en relación a tres importantes instrumentos: el recién modificado Código Penal Militar<sup>23</sup> (CPM), la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas

---

22 Resolución 2272(2016), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7643ª sesión, celebrada el 11 de marzo de 2016. Doc.: S/RES/2272(2016).

23 Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, BOE, núm.247, de 15 de octubre de 2015 (Referencia: BOE-A-2015-11070).

Armadas<sup>24</sup> y el Protocolo de Actuación frente al acoso sexual y por razón del sexo en las Fuerzas Armadas.

Las principales novedades que encontramos en el CPM, tras su última modificación, se centran, precisamente, en la inclusión de estas conductas. De esta forma, en el texto consolidado, publicado en el BOE el día 14 de septiembre, se incluyen dentro de los delitos de abuso de autoridad, tanto el abuso sexual (art.47) como el acoso sexual (art.48). Además, en relación con los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, también se incluyen los delitos de abuso sexual (art.49) y el acoso sexual (art.50).

En el texto consolidado de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cuya última modificación data del 15 de octubre de 2015, se incluye como falta disciplinaria leve (artículos 6.26 y 6.29): como infracción disciplinaria grave (art.7.30) y como infracción disciplinaria muy grave (art. 8.12). Como colofón, el Protocolo de Actuación frente al Acoso Sexual y por Razón del Sexo en las Fuerzas Armadas, de 20 de noviembre de 2015, incluye, como uno de sus principios rectores, la promoción de una cultura de «tolerancia cero» en la organización militar. Además, se incluyen tanto medidas preventivas como de protección a la víctima, así como de evaluación y seguimiento con la intención de minimizar los efectos derivados del acoso sexual sobre la víctima. En consecuencia, la adecuación de estos instrumentos a las nuevas exigencias contenidas en la Resolución 2242, nos sitúan entre los ejércitos más modernos y avanzados, propios de sólidos sistemas democráticos sensibles al género.

## 2. ESPECIAL REFERENCIA AL ADIESTRAMIENTO SENSIBLE AL GÉNERO EN APLICACIÓN DE LA «POLÍTICA DE TOLERANCIA CERO»

El mayor instrumento de prevención, sin lugar a dudas y como hemos indicado, consiste en garantizar un adiestramiento integral sensible al género, que de forma inexorable ha de pasar por una sólida formación en las normas convencionales y consuetudinarias de DIH<sup>25</sup>, con especial referencia a las normas dirigidas a la protección de la mujer en situaciones de conflicto armado. En este sentido, la Resolución 2242 resaltarán la necesidad de que

---

24 Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, BOE, núm.294, de 5 de diciembre de 2014 (Referencia: BOE-A-2014-12652).

25 Véase: VELÁZQUEZ ORTIZ, A.P., La atención al género en las normas convencionales y consuetudinarias de DIH. La necesidad de un adiestramiento en la materia que garantice el cumplimiento de las mismas, de conformidad con las Resoluciones de las Naciones Unidas, DE TOMÁS MORALES, S., (Dir.) *Formación y adiestramiento sensible al género del personal cívico-militar y el empoderamiento de la mujer. Reflexiones en torno a las Operaciones de Paz en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2013; pp. 127-170.

tanto el personal, civil, policial y militar que participa en el desarrollo de una OMS cuenta con una capacitación sólida sobre la explotación y los abusos sexuales. Se exige también la necesaria capacitación a los Asesores Superiores de Género y otros oficiales de género en las misiones políticas especiales y las multidimensionales OMP<sup>26</sup>. En el mismo sentido se extiende la necesidad de ofrecer la necesaria capacitación sensible al género a mediadores y técnicos.

En la resolución de referencia se refuerzan también los esfuerzos en el ámbito del adiestramiento en relación con los grupos de expertos competentes de comités de sanciones, quienes deben contar con la capacitación/especialización necesaria en materia de género. Además, se recoge una obligación concreta dirigida tanto al DOMP como al DAP: velar por la especialización técnica necesaria en materia de género durante todas las etapas de la planificación de las misiones, la elaboración, ejecución y examen de los mandatos.

Sin embargo, sigue quedando como asignatura pendiente el establecimiento de los estándares mínimos que permitirían evaluar qué se entiende por una especialización técnica «necesaria» en materia de género. Es decir, en primer lugar, sería necesario el establecimiento claro del contenido de ese especial adiestramiento y su inclusión en los planes de formación del personal civil y militar que participe en el desarrollo de una OMP<sup>27</sup>. En relación con la capacitación sobre la explotación y los abusos sexuales que han de recibir los contingentes militares y las fuerzas policiales, el secretario general incluirá entre sus propuestas contenidas en su Informe de 4 de marzo de 2015, la medida de exigir certificados de cumplimiento a los Estados que aporten contingentes militares y/o fuerzas policiales. Esta medida es acogida con beneplácito por el Consejo de Seguridad, a través de su Resolución 2272. No obstante, esa certificación se podría quedar en papel mojado si no se avanza en la unificación de criterios entorno a los contenidos, duración y etapas formativas, entre otras cuestiones.

A pesar de estas cuestiones que aún han de ser objeto de desarrollo, no ha de minusvalorarse, sino todo lo contrario, el gran avance que se produce en el ámbito de la capacitación/adiestramiento sensible al género a través de la Resolución 2242 y muy especialmente sus inmediatos desarrollos en relación con la explotación sexual y abusos sexuales que puedan ser cometidos por miembros de los contingentes militares y/o de las fuerzas policiales aportados por un Estado para el desarrollo sobre el terreno de una OMP.

---

26 Véase: ABRIL STOFFELS, R., «Mujeres como partícipe y destinatario de las estrategias de paz y seguridad: desarrollos recientes y retos planteados», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 98, julio-diciembre, 2011; pp. 17-19; en especial, son de interés las reflexiones contenidas en las páginas 68 a 71.

27 Véase: DE TOMÁS MORALES, S., Adiestramiento sensible al género y empoderamiento de la mujer. La necesidad de un enfoque integral. Formación/Adiestramiento en relación con la población civil, en DE TOMÁS MORALES, S. (Dir.), *Formación y adiestramiento sensible al género...*, op.cit; pp. 77-126.



## V. INCREMENTO DEL NÚMERO DE MUJERES

El tercer gran grupo de aportaciones de la Resolución 2242 que deseamos destacar se centra en el incremento del número de mujeres. Como ya hemos anticipado, en esta resolución se pretende dar un salto cualitativo: de la victimización de la mujer al liderazgo de la mujer como constructora de la paz. Para su consecución, se establecen unos ambiciosos retos dirigidos a incrementar el número de mujeres que participen como sujetos activos en la construcción de la paz.

En relación con las incorporaciones, en la agenda sobre MPS, de la agenda sobre la lucha contra el terrorismo y el extremismo violento que puede desembocar en terrorismo, así como la agenda sobre la transferencia ilícita de armas pequeñas y ligeras, hemos podido destacar la necesidad de involucrar a las mujeres, impulsando su liderazgo. Para ello, se hace un llamamiento a los Estados para que aumenten los recursos financieros y humanos dirigidos hacia la necesaria capacitación y empoderamiento de la mujer.

Reforzar el liderazgo de la mujer como sujeto activo de los procesos de paz, a través de la combinación de las estrategias del *gender mainstreaming* y del empoderamiento, llevará a impulsar, a través de la Resolución 2242, la participación de las mujeres en negociaciones y acuerdos de paz, para lo que se ha de contar con presupuestos suficientes y la reasignación de recursos financieros y humanos. En este sentido, se alentará a los Estados a que aumenten su financiación destinada a la cuestión de las mujeres, la paz y la seguridad, incluso proporcionando más ayuda, en las situaciones de conflicto y postconflicto, para programas que promuevan la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres.

El impulso del liderazgo de las mujeres, se dirige también al seno de las Naciones Unidas, tras reconocer la existencia de un insuficiente número de mujeres asesores. Para su consecución, Naciones Unidas se compromete a presupuestar los puestos de asesores superiores de género y de otros oficiales de géneros y proceder rápidamente a su contratación.

Por último, y no por ello menos importante, se solicita que se ponga en marcha una estrategia revisada para duplicar, en el plazo de cinco años, con los recursos existentes, el número de mujeres en los contingentes militares y de policía en las OMP. Este ambicioso reto merece ser atendido con mayor detenimiento. El reto de duplicar será el que ofrezca mayores dificultades para su cumplimiento, por lo que deberá ser objeto de especial atención de cara a la elaboración del nuevo Plan Nacional sobre MPS y su específica implementación en las Fuerzas Armadas. Se requeriría realizar un estudio previo sobre la posibilidad real de alcanzarlo, teniendo en cuenta el porcentaje real de efectivos femeninos

militares y policiales que podrían ser desplegados en el desarrollo de una OMP sobre el terreno.

Por otra parte, el hecho de asumir este reto ha de servir para realizar una reflexión, en profundidad, sobre el cumplimiento del mandato de las futuras OMP en las que despleguemos contingentes militares y policiales. El reto de duplicar el número de mujeres en los referidos contingentes no tiene sentido si no es para conseguir una mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento del mandato. En este sentido, la cuestión presupuestaria no resulta neutral. El hecho de que, en la Resolución 2242, para conseguir cumplir este ambicioso reto se haga referencia a los recursos existentes, es un claro indicador de que se requiere una reasignación de recursos financieros y humanos.

Es posible que el reto de duplicar el número de efectivos femeninos reabra viejas polémicas en relación con las funciones que las mujeres militares o policías deberían desarrollar en el desarrollo de una OMP sobre el terreno. Es innegable que, desde una perspectiva de igualdad de género, no debería existir ninguna limitación al respecto, en cuanto que cuenten con la capacitación requerida para el desempeño de sus funciones.

Sin embargo, desde una perspectiva de género, también ha de tenerse en cuenta las especiales habilidades y competencias que pueden ofrecer los hombres y las mujeres en el desarrollo de unas mismas funciones. Es decir, el reto de duplicar la presencia de mujeres en los contingentes militares y fuerzas policiales no ha de entenderse como un simple incremento de cuotas de participación femenina. Este reto ha de servir para averiguar cuál es el plus de eficiencia y eficacia que puede aportar una mujer militar que desempeña unas mismas funciones sobre el terreno que un compañero militar. A través de todas las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad sobre MPS se indican ciertos ámbitos de actuación una mayor presencia de la mujer. Así, ya en la Resolución 1325 se hace mención expresa a la necesidad de ampliar el papel y la aportación de la mujer en las OMP sobre el terreno, especialmente entre los observadores militares, la policía civil y el personal dedicado a los derechos humanos y actividades humanitarias. Por su parte, en la Resolución 2242 se indica la necesidad de su incorporación en todos los puestos de toma de decisiones y, muy especialmente, en los puestos de Asesores de Género. Teniendo, además, en cuenta que en la Resolución 2242 se resalta la necesidad de «escuchar a las mujeres», es evidente que, en determinados contextos, el incremento de la presencia de mujeres en el desarrollo de actividades CIMIC, así como de información e inteligencia resulta vital. Esta labor tendría unas consecuencias positivas en el empoderamiento de las mujeres locales y, muy especialmente, en relación con la desmovilización de las mujeres y niñas guerrilleras; con la adecuada detección y atención de las mujeres y niñas víctimas de explotación y abusos sexuales; en relación con la situación de las

mujeres y niñas secuestradas por grupos milicianos, guerrilleros o terroristas, para atender a sus especiales necesidades y facilitar su reintegración a la sociedad sin ser víctimas de la estigmatización. También resultaría especialmente ventajosa la participación de efectivos militares y policiales femeninos en relación con la situación de las mujeres y niñas desplazadas o en situación de privación de libertad.

## VI. REFLEXIONES FINALES

De todo lo expuesto, resulta innegable que la Resolución 2242 representa mucho más que una resolución más de desarrollo de la histórica Resolución 1325, por lo que nos hemos permitido afirmar que representa un nuevo punto de inflexión en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales, que ya no puede ser atendido sin una perspectiva de género. Para concluir nuestro análisis, realizaremos unas reflexiones finales, destacando tanto los aspectos positivos como las cuestiones mejorables de la Resolución 2242.

En relación con los aspectos positivos, más allá de las grandes contribuciones que ha sido objeto de análisis, nuestras reflexiones girarán en torno a la visión de la mujer que se ofrece en relación con las anteriores resoluciones sobre MPS. Si bien en la Resolución 1325 la mujer era objeto de atención tanto como víctima como sujeto activo en la construcción de la paz, las resoluciones de desarrollo han llevado a reforzar una imagen parcial de la mujer desde la victimización. Con la Resolución 2242 se retoma la dual imagen con la que han de ser identificadas las mujeres en situaciones de conflicto armado, impulsando un paso cualitativo de la victimización a su liderazgo como constructoras de la paz. Esto no quiere decir que se abandonen los esfuerzos desplegados por la Comunidad Internacional con el objetivo de proteger a la mujer víctima de los conflictos armados, especialmente vulnerable frente a los actos de violencia sexual. En este sentido, con la adopción de la Resolución 2242 se da un paso cualitativo en la atención de la mujer víctima: en primer lugar, al incorporar nuevas formas de violencia que sufren las mujeres en situaciones de conflicto armado como táctica terrorista, al formar parte de los objetivos estratégicos y de la ideología de ciertos grupos terroristas. En segundo lugar, la enérgica determinación de hacer efectivo el cumplimiento de la «Política de Tolerancia Cero» frente a los actos de violencia sexual contra mujeres y niñas, especialmente en relación con los miembros de los contingentes militares y de las fuerzas policiales constituidas que son aportados por los Estados para el desarrollo sobre el terreno de una OMP y el seguimiento del grado de cumplimiento de los compromisos estatales.

Sin embargo, para conseguir dar el salto de la victimización de la mujer en situaciones de conflicto armado al liderazgo de la mujer como constructora

de la paz, se requería un mayor grado de compromiso de los Estados y una adecuada combinación de las estrategias del *gender mainstreaming* y del empoderamiento de la mujer. El hecho de que en la Resolución 2242 se amplíe el acervo existente incorporando ámbitos de la seguridad internacional hasta entonces no atendidos en la agenda del Consejo de Seguridad sobre MPS es una buena prueba de ello. En efecto, como hemos indicado, la incorporación de la agenda sobre MPS y las agendas sobre otros ámbitos de especial importancia para la paz y la seguridad internacionales, como son el terrorismo y el extremismo violento que puede desembocar en terrorismo, por una parte, y la transferencia ilícita de armas pequeñas y ligeras, por otra, son un claro reflejo de la necesaria transversalidad de la cuestiones de género en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales, con una consecuencia inmediata: la mujer asume un nuevo protagonismo internacional, impulsando su liderazgo.

Para que la mujer pueda ejercer su liderazgo como constructora de la paz, en la Resolución 2242 se realiza una apuesta por la capacitación como un instrumento fundamental del empoderamiento de las mujeres, que les permita participar en todas las políticas relativas a la paz y a la seguridad internacionales y a todos los niveles, incluyendo su participación activa y en un plano de igualdad con los hombres en los procesos de toma de decisión y su participación en negociaciones y acuerdos de paz.

Si la educación ha de perseguir la instauración de una cultura de paz<sup>28</sup>, también lo deberá ser la capacitación dirigida a la consecución de una cultura de paz y seguridad internacionales sensible al género. En la Resolución 2242 se hace referencia expresa a la necesaria capacitación de la mujer para ejercer funciones de liderazgo, con carácter general. De forma particular, como ha sido destacado, se promueve la capacitación de las mujeres para desarrollar con eficacia sus funciones en relación con la lucha contra el terrorismo y los extremismos violentos que pueden desembocar en terrorismo, así como la capacitación de las mujeres para que asuman un liderazgo frente a la transferencia ilícita de armas pequeñas y ligeras. Al tiempo, se alienta a los Estados a que ayuden a los países que se encuentran en situaciones de conflicto o postconflicto, incluso mediante la creación de capacidad para aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre MPS.

La firme apuesta por la capacitación no queda referida en exclusiva a la mujer. En la Resolución 2242 se encuentran continuas referencias a la necesidad de contar con una capacitación especializada y necesaria en materia de género. A

---

28 Según BREINES, la educación se convierte en una premisa de partida para la promoción de una cultura de paz, siempre que «está educación incluya a los excluidos y sea relevante para los diferentes contextos socioculturales, sea de alta calidad, sensible al género [...] y apoyar el diálogo interpersonal, intercultural e internacional». BREINES, I., *Perspectiva de género en una cultura de paz*, en BREINES, I; GIERYCZ, D, y REARDON, B., *Mujeres a favor de la paz. Hacia un programa de acción*, UNESCO, París, 2002, p. 50.

modo de ejemplo, podemos destacar la exigencia de que los grupos de expertos competentes de comités de sanciones deben contar con la capacitación/especialización necesaria en materia de género. Por su parte, el DOMP y el DAP deben velar por la especialización técnica necesaria en materia de género durante todas las etapas de la planificación de las misiones, la elaboración, ejecución y examen de los mandatos. También resulta necesaria la capacitación de Asesores Superiores de Género y otros oficiales de género en las misiones políticas especiales y las multidimensionales OMP, así como a mediadores y técnicos. Finalmente, la llamada especial a los Estados para que ofrezcan una sólida capacitación sobre la explotación y los abusos sexuales al personal civil, policial y militar que aporten a una OMP, con carácter previo a su despliegue.

La última reflexión, en relación con los aspectos positivos de la Resolución 2242, se dirige hacia lo que podríamos denominar nuevo plan estratégico en la materia: «escuchar a las mujeres» en todos los procesos de toma de decisiones en el ámbito de la paz y la seguridad internacionales.

Sin embargo, no podríamos concluir nuestras reflexiones finales sin hacer una somera referencia a algunas cuestiones mejorables, bien por la necesidad de un necesario desarrollo posterior, bien por la necesidad de abordar cuestiones sustantivas que han sido omitidas en la Resolución 2242. En cuanto a las omisiones, el Consejo de Seguridad no solo ha perdido una importante oportunidad para atender la especial vulnerabilidad de las mujeres y niñas con discapacidad en situaciones de conflicto armado, sino que tampoco ha sabido destacar el trascendental papel de liderazgo que, en la práctica, desempeñan las mujeres en situaciones de conflicto y postconflicto en relación con las actividades de minas.

Por otra parte, a pesar de que en la Resolución 2242 se realiza un encomiable esfuerzo de coordinación entre las distintas agencias y organismos onusianos y entre las Naciones Unidas y los Estados miembros, se omite toda referencia a la necesaria coordinación de las funciones en ejecución del mandato de una OMP y las actividades desarrolladas por las organizaciones no gubernamentales (ONG) sobre la misma zona de operaciones. Esta importante cuestión requiere ser abordada en profundidad por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pues evitaría la duplicación de esfuerzos, tanto en recursos financieros como humanos.

En relación con las cuestiones mejorables que requieren un importante desarrollo destacaremos que, salvo una referencia inicial, en la Resolución 2242 no se avanza en la implicación de los hombres y los niños en el proceso de conseguir la igualdad de género. Se ofrece una escasa atención al papel que han de cumplir los jóvenes y líderes religiosos y culturales en relación con el empoderamiento de la mujer para la consecución de la plena igualdad de género.

No obstante, en relación con los jóvenes, el Consejo de Seguridad ha dado un primer paso de desarrollo con la adopción de la Resolución 2250<sup>29</sup> con el objetivo de empoderar a los jóvenes para asumir un liderazgo en la construcción de la paz, vinculando este objetivo con el cumplimiento de todas las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en su agenda sobre MPS, desde la Resolución 1325 a la 2242; así como con la agenda del Consejo de Seguridad sobre terrorismo y el extremismo violento que puede desembocar en terrorismo. La presidencia de España del Consejo de Seguridad durante el bienio 2015-16 no ha podido comenzar de forma más exitosa, al conseguir que se aprobase por unanimidad la Resolución 2242. Es deseable que sus prioridades para 2016 sigan en la misma línea y puedan añadirse más desarrollos tan importantes como la adopción de la Resolución 2272, así como que puedan darse respuestas a las omisiones y carencias.

---

<sup>29</sup> Resolución 2250(2015), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7573ª sesión, celebrada el 9 de diciembre de 2015. Doc.: S/RES/2250(2015).

# EL MILITAR COMO POSIBLE SUJETO PASIVO DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

Conferencia pronunciada por  
D. Alfredo Liñán Lafuente en la  
Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación, el 23 de junio de  
2016.

Doctor en Derecho.  
Profesor de Derecho penal en  
la Universidad Complutense  
de Madrid y en la Universidad  
Pontificia Comillas ICADE.

## I. INTRODUCCIÓN

Es de rigor comenzar la ponencia agradeciendo la amable invitación a intervenir como conferenciante en este ilustre foro al general Poyato, vicepresidente de la Sección Militar de esta Real Academia y al capitán, Dr. Martínez Alcañiz, secretario de la misma, quien sabe de primera mano de mi admiración por el cuerpo jurídico militar, y mis aviesas intenciones de un día de estos ponerme a opositar a este cuerpo, ahora que el Tribunal Supremo ha eliminado el límite de edad de acceso. Para mí es un verdadero honor poder ocupar esta tarde esta tribuna donde he podido asistir y disfrutar conferencias de maestros del Derecho penal como Roxin, Rodríguez Mourullo o Gimbernat, entre otros, y una responsabilidad, al sentir el peso de estos centenarios muros y recordar quienes han pasado antes por aquí.

Hace ya unos cuantos años, vine de las provincias a participar en un concurso deportivo, un campeonato de España,

donde mi actuación fue desastrosa. En esa ocasión, se acercó mi tío abuelo, Alfredo Corrochano, que había sido torero y cortado dos orejas y un rabo en las Ventas, y me dijo que no me preocupase, que «la plaza de Madrid pesaba mucho». Parfraseándolo, puedo hoy decir que la tribuna de esta Real Academia «pesa mucho» y confesarles que no estaba tan nervioso desde que defendí, hace ya varios años, mi tesis doctoral. Espero ser digno de este atril.

## II. ORIGEN HISTÓRICO DEL TÉRMINO «POBLACIÓN CIVIL»

He de comenzar aclarando el porqué del título de la ponencia, pues resulta un poco ambigua. «El militar como posible sujeto pasivo del crimen contra la humanidad». ¿Por qué he escogido este tema? Porque desde que se tipificó, por primera vez, el crimen contra la humanidad en el Estatuto de Londres de 1945, por el que se regiría el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, el objeto de protección del crimen contra la humanidad se limitó a la población civil. Y eso es algo que siempre me ha llamado la atención. Y últimamente, respecto determinados actos que siembran el terror, lanzados por organizaciones criminales, me he vuelto a plantear la razón del porqué de esta limitación respecto al objeto de protección del crimen contra la humanidad.

El artículo 6.c del Estatuto del TMI, configuró el crimen contra la humanidad de la siguiente forma:

*Asesinatos, exterminio, esclavitud, deportaciones, y otros actos inhumanos «cometidos contra una población civil», antes o durante la guerra, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, en ejecución o en conexión con un crimen de la jurisdicción del tribunal, fueran perpetrados estos hechos, o no, en violación de la legislación nacional del país.*

A la hora de analizar el modo de configurar el crimen contra la humanidad, hemos de remontarnos al momento histórico en el que fue redactado –el final de la Segunda Guerra Mundial– y el objeto que perseguían aquellos que lo redactaron –representantes de Francia, Inglaterra, EE.UU. y Rusia– que no era otro que castigar a los máximos líderes del partido Nazi, del Gobierno alemán y del Ejército.

El Tribunal Militar Internacional (TMI) de Núremberg juzgó a los acusados por tres tipos delictivos: el crimen de guerra, el crimen contra la paz y el crimen contra la humanidad. El primer tipo penal perseguía castigar los actos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial que fuesen violadores de las leyes y costumbre de la guerra (a saber, Convenios de la Haya y Ginebra



anteriores a 1945)<sup>1</sup>. El segundo, el crimen contra la Paz –hoy renombrado como el crimen de agresión<sup>2</sup>– pretendía castigar a los miembros del Gobierno alemán por el inicio de la guerra de agresión en violación de tratados internacionales –entre ellos, el Tratado Briand Kellog–.

El tercero era el crimen contra la humanidad, redactado *ad hoc* para hacer frente a una situación concreta que hasta el momento no se había castigado, una situación donde el propio Estado era el que había atacado a sus propios nacionales. El Estado alemán había perseguido y exterminado a sus propios nacionales por razones políticas, religiosas, histórico culturales, étnicas, pues muchos de los judíos, gitanos o comunistas perseguidos y exterminados eran alemanes. Varios de estos hechos quedaban fuera del paraguas del crimen de guerra, por lo que se creó esta figura criminal *ex novo*, aunque si bien, al analizar la misma, se aprecia que la creación no fue total, pues el crimen contra la humanidad es una figura penal contextual, donde delitos comunes se cometen en un marco concreto –ataque generalizado o sistemático contra la población civil– que eleva dichos delitos a la categoría de crimen internacional. Y si bien el crimen contra la humanidad se tipificó por primera vez en 1945, el concepto como tal ya había sido utilizado para calificar las deportaciones y el genocidio armeno que llevó a cabo el Gobierno turco durante la Primera Guerra Mundial. El supuesto era similar, pues el pueblo armeno formaba parte del Imperio turco, y era el Gobierno el que perseguía a sus propios nacionales<sup>3</sup>. Pero si bien el concepto del crimen contra la humanidad nace en dicho contexto, el temor a que se alegrara por las partes sometidas al proceso de Núremberg una vulneración del principio de legalidad, como así se hizo, provocó que en el citado

---

1 Art. 6. a) Estatuto de Londres. *A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes.*

2 Art. 6.b. Estatuto de Londres. *A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados.*

3 El 28 de mayo de 1915 cuando, en referencia a la política de deportaciones y exterminio que estaba llevando a cabo el Gobierno turco se utilice por primera vez el término «crimen contra la humanidad» en un instrumento internacional oficial. El Gobierno francés, el británico y el ruso presentaron una declaración conjunta en la que denunciaban al Gobierno otomano por las masacres cometidas contra los armenios y los señalaba como responsables de la comisión de «crímenes contra la humanidad». En dicha declaración se condenaba la connivencia y la asistencia de las autoridades otomanas a la masacre, *de acuerdo a estos nuevos crímenes de Turquía contra la humanidad y la civilización, continuaba la declaración, los gobernantes de los países aliados anuncian públicamente... que serán considerados personalmente responsables... todos los miembros del Gobierno otomano y todos sus agentes que hayan estado implicados en la masacre.* UNWCC. *History of the United Nations War Crimes Commission and the development of the laws of war.* Londres: published by his Majesty's Stationery Office. 1948, *op. cit.*, P. 35.

artículo 6.c del Estatuto de Londres se exigiese que esos actos conformadores del crimen contra la humanidad se cometiesen *en ejecución o en conexión con un crimen de la jurisdicción del tribunal*, es decir, que tenían que estar conectados con un crimen de guerra o con un crimen contra la paz. Ello, fue interpretado por el TMI no como un elemento material del crimen, sino como una limitación jurisdiccional que impedía al tribunal enjuiciar conductas que anteriores al 1 de septiembre de 1939, fecha de la que se inicia la 2ª Guerra Mundial con la invasión de Polonia.

La exigencia de esta conexión, provocó que la figura del crimen contra la humanidad fuese fagocitada por el crimen de guerra, pues las conductas enjuiciadas, en muchas ocasiones, estaban abarcadas por ambos tipos penales (salvo en los casos de deportaciones a campos de concentración tras 1939 de la propia población alemana), tuvo otra consecuencia importante, en mi opinión. Esta fue la limitación del objeto del ataque a la población civil, pues no era planteable que el Estado, en una situación de Guerra Mundial, atacase a sus propios militares, y en todo caso, si atacaba a militares en una situación de conflicto armado –pues recordemos la necesaria conexión con el crimen de guerra– estos actos estaban regulados por las leyes y costumbres de la guerra, en aplicación de los convenios en vigor.

No obstante, esta limitación del objeto de protección, que surgió en unas circunstancias muy concretas, ha acompañado a la tipificación del crimen contra la humanidad y ha sido heredada en las regulaciones posteriores, sin que se tenga en cuenta que el crimen contra la humanidad también puede ser cometido en tiempos de paz.

Durante los procesos que se celebraron tras la Segunda Guerra Mundial, al amparo de la regulación del crimen contra la humanidad en la Ley de Control Aliado nº 10, la cual fue promulgada por el Consejo de Control Aliado para poder enjuiciar y castigar a los alemanes que hubiesen cometido crímenes internacionales, no se exigió que el crimen contra la humanidad estuviese en conexión con un crimen de guerra o un crimen contra la paz. En varios procesos se planteó si era posible considerar crímenes contra la humanidad los asesinatos cometidos contra militares que no se encontraban protegidos por el Derecho internacional humanitario, y la respuesta de varios tribunales de la zona británica fue que estas personas sí estaban cubiertas por el crimen contra la humanidad<sup>4</sup>.

Asimismo, se ha de tener en cuenta que en la Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokio, en su última versión de 26 de abril de 1946, se eliminó

---

4 A pesar de que el art II. 1º. C de la LCA nº 10 indicara a la población civil como sujeto pasivo, existe alguna sentencia de los Tribunales alemanes en la zona Británica donde se indica que los militares también podrían ser sujetos del crimen contra la humanidad. En este sentido ver *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes fue die Britische Zone in Strafsachen*. Berlín y Hamburgo: Walter de Gruyter & Co., 1948, Vol. I., p. 228. Sentencia del Schwurgericht Hamburg Nº 111/48, de 7 de diciembre de 1948; MEYROWITZ, H., *La Repression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi nº 10 du Conseil de Contrôle allié*. *Revue Internationale de Droit Comparé*. 1961. Vol. IV., p. 282; Esta tesis también es defendida por SCHWELB, E., *Crimes against Humanity*. BYIL, 23, 1946, p. 191.

en su artículo 5 c la palabra población civil. El juez holandés Röling, que actuó en el proceso como magistrado, era de la opinión –en una entrevista que le hizo Antonio Cassese–, que lo que se perseguía con esta ampliación del sujeto pasivo era permitir al fiscal estadounidense Keenan acusar, bajo la figura del crimen contra la humanidad, las ofensas cometidas contra el personal militar enemigo<sup>5</sup>, ya que la actuación del Gobierno japonés frente a sus propios nacionales era muy distinta que la del Gobierno alemán.

### III. ATAQUE DE UN ESTADO O UNA ORGANIZACIÓN

El crimen contra la humanidad se puede definir como un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, donde el ataque se concreta en un curso de conducta organizado que se puede componer de diversos delitos subyacentes, homicidios, deportaciones, mutilaciones, violaciones, etc. El ataque debe ser lanzado por un Estado o por una organización (según art. 7 Estatuto de Roma (ER) y art. 607.bis Código Penal español). Este requisito, es uno de los que despierta mayor discrepancia en la doctrina. La posición mayoritaria, representadas por Bassiouni, Ambos, Gil Gil, Pérez Caballero, Landa Gorostiza<sup>6</sup> defiende que solo un Estado o una organización que ejerza el poder *de iure* o *de facto* de un territorio –un protoestado en palabras de la Sección IV de la AN en el auto de 8 de abril de 2016<sup>7</sup>– resulta idóneo para lanzar un crimen contra la humanidad.

Sin embargo, la Corte Penal Internacional (CPI) en su sentencia de Katanga<sup>8</sup> y la reciente del caso Bemba, ha resuelto que sería suficiente que:

*[...] la organización tuviese un conjunto de estructuras o mecanismos, cualesquiera que fuesen, lo suficientemente efectivos para asegurar la coordinación necesaria para llevar a cabo un ataque dirigido contra la población*

5 CASSESE, A./RÖLING, B.V.A., *The Tokio Trial and Beyond*. Polity Press. Cambridge, 1993, p. 13.

6 GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 122; GIL GIL, A., GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN, A (Dir). *Comentarios al Código Penal*. Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2015, pp. 768-768; GIL GIL, A., *Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord*. ZStW. 2000, Nº 113, pp. 381-397. Esp. p. 392; GIL GIL, A., «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los Elementos de los Crímenes», AMBOS, K (coord.) *La nueva justicia penal supranacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp.74 y 75; PÉREZ CABALLERO, J., *El Elemento político en los crímenes contra la humanidad*. Dikynson, Madrid, 2015. p. 89; PÉREZ CABALLERO, J., *La revalorización del elemento político en el artículo 7.2 a) del Estatuto de Roma y el colapso estatal*. INDRET, julio, 2014, pp. 22 a 25; BASSIOUNI, Ch., *Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.17; AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current Law of Crimes against Humanity*, Criminal Law Forum, Nº 13. 2002. p. 2; AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*. Munich: Beck. 3ª ed. 2011, p. 255; LUBAN, D. *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*, Bogotá: Editorial Temis. Trad. por Ezequiel Malarino y Marisa Vázquez, 2011, p. 84.

7 Auto 155/2016, de 8 de abril de 2016. Sección Tercera. Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. P. 12.

8 *Prosecutor vs. Germaine Katanga*. ICC-01/04-01/07. TC Judgment. 7 de marzo de 2014. p. 1117-112.

*civil. En consecuencia, como se ha mencionado antes, la organización en cuestión debe tener suficientes medios para promover o fomentar el ataque, sin otros requisitos necesarios. De hecho, de ninguna manera puede ser descartada, particularmente en vista de la moderna guerra asimétrica, que un ataque contra la población civil también pueda ser llevada a cabo por una entidad privada consistente en un grupo de personas que persiguen el objetivo común de atacar a la población civil; en otras palabras, de un grupo no necesariamente dotado de una estructura tan bien desarrollada que pudiera describirse como un cuasi estado<sup>9</sup>.*

Desde mi punto de vista, el ER (que no el CP) lo único que exige es una política –pauta de actuación– proveniente de una estructura organizada, que tenga el potencial adecuado para desencadenar un ataque contra la población civil, lo suficientemente grave para calificarse como crimen contra la humanidad.

Esta posibilidad se podría manifestar desde muchas perspectivas: desde luego, desde la organización que adquiere un poder *de iure* o *de facto* en un territorio, pero también sobre aquella que actúa con la connivencia estatal, o la que posee tal entramado organizativo que es prácticamente imposible que se llegue a los organizadores, o a la que actúa desde estados lejanos con quienes cuentan para permanecer impunes, o que por su gran poder político, social, económico o estructural consideran muy improbable que se les castigue por los hechos criminales.

Comparto con la doctrina arriba enunciada que el grado de poder destructivo de la organización debe ser el elemento que cualifique la figura, sin embargo, defiendo una interpretación más extensa del mismo, si exigirle que controle *de facto* o *de iure* un territorio, ni que exista necesaria tolerancia estatal o descomposición del Estado, pero sí que cuente con tal entramado estructural que proteja a los organizadores del ataque, representando esta posibilidad de impunidad un reflejo del poder (en sentido amplio) que tiene la organización, que unido a los demás elementos del tipo, fundamenta el mayor desvalor acción y su consideración como crimen contra la humanidad<sup>10</sup>.

Por lo tanto, el acento ha de ponerse en el examen del ataque del crimen contra la humanidad para determinar si conforma el elemento típico exigido, y en función del mismo y del resultado, analizar si en la organización que ha lanzado el ataque concurren los medios, la estructura y las características necesarias para ser tenida por una organización, lo suficientemente peligrosa, para que

---

9 *Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. ICC-01/05-01/08. TC Judgment. 21 de marzo de 2016. Par. 158 (traducción propia).

10 Estudio en profundidad, vid. LIÑÁN LAFUENTE, A. *El crimen contra la humanidad*. Dykinson: Madrid, 2016, pp-240 a 244, 193-296, 154-165.

los actos conformadores del ataque deban ser considerados como crímenes contra la humanidad<sup>11</sup>.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que el crimen contra la humanidad no exige un elemento subjetivo discriminatorio, es decir, los hechos no tienen por qué ser cometidos por motivos políticos, raciales, étnicos, religiosos, etc. Aunque, bien es cierto que existe un tipo específico –el tipo de persecución– que castiga violaciones graves de los derechos humanos, por razones discriminatorias, cometidas en un contexto concreto –ataque generalizado o sistemático contra la población civil–.

#### IV. CONCEPTO DE POBLACIÓN CIVIL

Una vez expuesto el origen histórico del CCH y sus elementos configuradores, es hora de analizar el concepto «población civil». El diccionario de la RAE define civil como aquel que *no es militar, ni eclesiástico, ni religioso*. Por lo tanto, habrá que acudir a otras fuentes de interpretación.

En un primer momento, se puede definir población civil como la que no es militar. Si acudimos al C.P. Militar, encontramos que en su artículo 2 considera militares (concepto formal):

- A los que mantengan una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas o con la Guardia Civil.
- A los reservistas, cuando se encuentren activados.
- A los alumnos de los centros docentes militares de formación y de la Guardia Civil.
- Quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la ley orgánica reguladora del estado de alarma, excepción y sitio.
- Capitanes, comandantes y miembros de buques o aeronaves no militares, en situaciones de conflicto armado o estado de excepción.
- Los prisioneros de guerra, respecto de los que España fuera potencia detentadora.

Esta definición, a la inversa, ha sido utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, acudiendo a la interpretación del término población civil en los Convenios de Ginebra y en sus protocolos adicionales.

---

<sup>11</sup> Frente a esta interpretación, advierte GIL GIL, con sólidos fundamentos, que la expansión de la noción de crímenes contra la humanidad a cualquier tipo de criminalidad o transnacional, que pueden ser perseguidas por el Derecho nacional, provoca la desnaturalización de la figura del crimen contra la humanidad. GIL GIL, A., GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN, A (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2015, p. 769.

En este ámbito, se ha de tener en cuenta que en el Estatuto del TPIY de 1993, el Consejo de Seguridad rescató la necesidad de que el crimen contra la humanidad se cometiese en conexión con un conflicto bélico<sup>12</sup>. Ello, que fue interpretado por la jurisprudencia de dicho tribunal como una limitación jurisdiccional –a imagen y semejanza de la del TMI de Núremberg– condicionó, en mi opinión, que se acudiese al Derecho internacional humanitario para deslindar el concepto «población civil», pues en la situación del conflicto bélico de la ex Yugoslavia, resultaba de perfecta aplicación.

No obstante, la posibilidad de cometer el crimen contra la humanidad en tiempo de paz hace necesario buscar una definición de población no exclusivamente vinculada a los conceptos de Derecho internacional humanitario<sup>13</sup>, ya que el ámbito de la protección de la norma debe abarcar la protección de cualquier persona frente a una violación sistemática o generalizada grave de sus derechos humanos.

Las primeras sentencias del TPIY interpretaron el término población civil de conformidad con el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra<sup>14</sup>, extendiendo la protección de la norma a los miembros del ejército o de los grupos armados que se hubiesen rendido o hubiesen depuesto las armas<sup>15</sup>, centrando la interpretación del término civil no en su estatus –un militar no deja de serlo por haberse rendido– sino en su específica conducta en el momento de ser objeto del ataque.

La Corte de Apelación en el caso Blaškić se separó de esta interpretación<sup>16</sup>, acudiendo a criterios formales de Derecho internacional humanitario, delimitando la población civil de conformidad con el artículo 4.a de la Tercera Convención de Ginebra de 1949 y del art. 50 del Protocolo Adicional I de 1977<sup>17</sup>, la cual opta por la definición de población civil en contraposición con la que se consideren fuerzas armadas o prisioneros de guerra.

12 *Preliminary Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780* (1992). UN Doc. S/2527. 1º de febrero de 1993. Par. 78.

13 WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2ª ed. 2011. Trad. Por Gutiérrez Rodríguez (Coord.), p. 472.

14 Las personas protegidas en el conflicto armado serán aquellas que:

No participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas que por estar fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

Los heridos o enfermos serán recogidos y asistidos.

15 *Blaškić*. TC Judgment. par. 214; *Jelisić*. TC. Judgment. Par. 54; *Kordić & Čerkez*. TC. Judgment. Par. 180.

16 *Blaškić*. AC. Judgment. Par. 114.

17 El artículo 50 del Protocolo Adicional I determina a la población civil por exclusión, afirmando que será persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a las que se refiere el artículo 4. A, 1), 2), 3) y 6) del III Convenio y el artículo 43 del mismo protocolo.

En este ámbito, la citada sentencia considera que lo esencial para determinar el carácter civil de una persona atacada no es el hecho de que en el momento del ataque esté o no armada o fuera de combate, sino su pertenencia a las Fuerzas Armadas<sup>18</sup>. De este modo, los combatientes que hubiesen depuesto las armas o los heridos no caerían dentro del ámbito de protección de la norma del crimen contra la humanidad.

Esta línea interpretativa formalista es la que ha mantenido la Corte Penal Internacional, reafirmando en repetidas resoluciones que la interpretación del término civil deriva del artículo 50 del Protocolo Adicional I del Convenio de Ginebra<sup>19</sup>.

No obstante, existe otra jurisprudencia, posterior al caso Blaškić, caso Martić, donde la Corte de Apelación del TPIY acoge de nuevo el espíritu del artículo 3 de las Convenciones de Ginebra y del artículo 4 del Protocolo Adicional II para incluir en el ámbito de protección del crimen contra la humanidad a todas las personas que no hayan tomado parte directa en el conflicto o quien haya cesado de tomar parte en las hostilidades<sup>20</sup>, por lo que el foco vuelve a ponerse en la conducta de la persona atacada, más que en su membresía a un ejército o grupo organizado de combate.

En este ámbito de interpretación, Werle defiende que *deben considerarse población civil aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia. Lo determinante no debe ser el estatus formal, como la pertenencia a determinadas fuerzas o unidades armadas, sino al rol efectivo en el momento de la comisión delictiva*<sup>21</sup>.

Dicho esto, resulta esencial diferenciar el necesario carácter civil de la población objeto del ataque, de la condición de civil de la víctima. Es decir, se ha de diferenciar el ataque –que ha de tener como objeto a la población civil– de si pueden existir en el marco de dicho ataque, víctimas que fuesen militares. En el conflicto de la ex Yugoslavia se planteó esta situación al enjuiciar el ataque al hospital de Vukovar, en donde se encontraban soldados croatas que repelieron el ataque de las fuerzas serbias. La Corte de Apelación de Mrkšić, estableció de un modo claro la diferencia entre el objeto del ataque –la población civil– y las víctimas de los actos concretos –que pueden ser militares o fuerzas de combate (*hors de combat*, en términos del TPIY)–.

18 *Galic*. TPIY. AC Judgment. IT-98-29-T. 5 de diciembre de 2003. Par. 144.

19 *Bemba*. TC. Judgment. Par. 152. Respecto a la aplicación del artículo 50 del Protocolo Adicional I, la Corte establece que: *Article 50 of Additional Protocol I provides a definition of «civilian population», which the Chamber considers to be customary in nature and therefore relevant to the consideration of crimes against humanity. The Chamber endorses that definition; Katanga*. TC. Judgment. Par. 1102.

20 *Martić*. TPIY.AC Judgment. IT-95-11-A. 8 de octubre de 2008. Par. 306.

21 WERLE, G. *Tratado...*, *op.cit.*, p. 472.

La Corte estimó el recurso interpuesto por la fiscalía contra la sentencia de primera instancia del caso Mrkšić, la cual resolvía que no se habían cometido crímenes contra la humanidad porque entre los fallecidos del ataque al hospital de Vukovar se encontraban soldados croatas que eran prisioneros de guerra, afirmando que un ataque generalizado o sistemático contra la población civil no podría ser considerado un crimen contra la humanidad si parte de las víctimas no eran civiles<sup>22</sup>. La Corte de Apelación estimó el recurso, declarando que no se podía interpretar el carácter civil de la víctima como un elemento material del crimen contra la humanidad<sup>23</sup>. Por lo tanto, si bien el ataque debía dirigirse contra la población civil, las víctimas de dicho ataque podrían no tener la consideración de civiles<sup>24</sup>.

Una vez analizado el concepto de población civil hay que dar un paso más, y plantearse si la interpretación expuesta sería aplicable también en tiempos de paz, donde de hecho el tipo penal encuentra una justificación político criminal más consistente, pues la protección de las personas por las leyes de la guerra no es de aplicación, al no existir un conflicto bélico.

## V. POBLACIÓN CIVIL EN TIEMPOS DE PAZ

Un crimen contra la humanidad puede ser cometido en tiempo de paz, por un Estado o por una organización, con la estructura y potencial suficiente para lanzar un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Por lo tanto, si una organización lanzase un ataque contra los militares o la Guardia Civil de una zona concreta ¿sería lógico excluir a esas víctimas porque pertenecen a las Fuerzas Armadas o cuerpos de seguridad del Estado (Policía). Cassese recuerda que desde que desapareció la necesaria conexión del crimen contra la humanidad con un contexto bélico, las diferencias entre las víctimas han disminuido hasta, prácticamente desaparecer<sup>25</sup>, pues recordemos que la figura del crimen contra la humanidad surge, en el Estatuto de Londres, condicionada a la conexión del delito con un crimen de guerra o un crimen contra la paz.

El objetivo que el tipo penal persigue es proteger a los grupos de población de determinados ataques, generalizados o sistemáticos, que por su gravedad sean

22 *Prosecutor vs. Mrkšić*. TPIY. Judgment. IT-95-13/1. 27 de septiembre de 2007. Par. 463.

23 En el mismo sentido, *Martic*. AC Judgment. par. 307. Recuerda el Tribunal que, There is nothing in the texts article 5 of the Statute, or previous authorities of the Appeals Chamber the requires that individual victims of crimes against humanity be civilians.

24 *Mrkšić*. AC Judgment. 5 de mayo de 2009. Par. 30-33; *Martić* Appeal Chamber, Par. 307.

25 CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 90.



vulneradores de los derechos humanos. El objetivo de protección, por lo tanto, debe ser cualquier persona. Extrapolando dicha conclusión a las situaciones donde no exista un conflicto bélico, cualquier persona deberá ser considerada como sujeto de protección, pues al no existir un conflicto armado, no deberían aplicarse las normas excluyentes de las definiciones del Derecho internacional humanitario que se han expuesto.

La pertenencia a un colectivo que vigila la seguridad de los ciudadanos o protege al Estado, junto con el hecho de portar un arma no son argumentos suficientes para excluir a dicho grupo de la protección del Derecho penal en este punto concreto. Si, por ejemplo, una organización llevara a cabo un plan para acabar con todos los integrantes de un cuartel de la guardia civil de un territorio y lo pusiera en marcha, interpretar que dicho ataque no podría ser considerado como un delito de lesa humanidad por la posibilidad de las víctimas de defenderse, penalizaría un derecho y un deber: el de la legítima defensa.

En este ámbito, y en referencia a la cuestión de si el hecho de portar armas se podría considerar como un detonante para considerar a una persona no civil, la Comisión de Expertos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en la redacción de Estatuto del TPIY concluyó que el crimen contra la humanidad se debería aplicar a los no combatientes, pero que este razonamiento no podría conducir a la conclusión de que quien porte un arma en un momento determinado se encuentra excluida de la protección de la norma, incluyendo en la consideración de personal protegido a un policía o guarda local<sup>26</sup>.

En segundo lugar, si el personal militar debe quedar fuera del ámbito de protección de la norma, conviene plantearse el fundamento de dicha exclusión. Si la misma es la posibilidad que tiene el colectivo castrense de agruparse y defenderse se ha de tener en cuenta que, en tiempos de paz y en un Estado de derecho, esta hipótesis es remota, aunque probable. Ello nos llevaría a concluir que solo deberían quedar exentos de esta protección aquellos militares que estén «en el ejercicio de sus funciones», pero no de cualquier función –ya que estas pueden ser administrativas, estratégicas, jurídicas, médicas, etc.– sino de aquellas que le permita atacar al enemigo. Es decir, este ejercicio de sus funciones ha de interpretarse como la efectiva activación del militar en el marco de un conflicto armado donde serán aplicables las leyes y costumbres de la guerra.

Permítaseme incluir un ejemplo del planteamiento antecedente: si el ataque se lanza contra militares cuando los mismos se encuentran durmiendo en sus casas, sin estar activados y en tiempos de paz, no encuentro razón para que no

---

26 *Preliminary Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780* (1992). UN Doc. S/2527. 1º de febrero de 1993. Par. 78.

sean considerados como un grupo digno de obtener protección penal. Distinto sería si el ataque se lanza contra un cuartel del Ejército, en donde se encuentren activados y en una situación de conflicto armado, donde el ataque al enemigo se encuentra permitido de acuerdo a las leyes y los usos de la guerra.

El término civil ha de interpretarse de un modo restrictivo, especialmente cuando los crímenes sean cometidos en tiempos de paz, donde ningún sujeto debería quedar excluido del ámbito de protección de la norma. En mi opinión, el adjetivo civil no debería significar que la mayor posibilidad de defensa que pueda tener un policía o un miembro del ejército, debiera ser penalizado con la exclusión del área de cobertura de dicha figura penal.

Ambos, en esta línea de interpretación, defiende que en tiempos de paz todas las personas deben ser objetos de protección de tipo penal del crimen contra la humanidad, incluyendo a militares o miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, ya que la exclusión de los mismos no puede surgir de las normas del Derecho internacional humanitario que no es aplicable en tiempos de paz<sup>27</sup>.

Todo ello me lleva a concretar quién debe ser el sujeto pasivo del delito de lesa humanidad según la formulación del C.P. español. El artículo 607 bis. 1 C.P. exige que los hechos previstos en el apartado 2º –homicidio, violaciones, esclavitud, torturas– se cometan como parte de un ataque *contra la población civil*. De esta lectura se podría concluir que solo una parte determinada de la población –la civil– es la portadora del bien jurídico penal. Sin embargo, no debe olvidarse que el «ataque» se ha de interpretar como contexto o «curso de conducta» donde se llevan a cabo actos delictivos concretos, en donde «la población civil» representa el fin hacia el que debe orientarse el contexto (ataque), pero no representa restricción del sujeto pasivo, pues sin la ejecución de la segunda fase del *iter criminis*, (ejecución de un delito subyacente) no se podría considerar vulnerado ningún bien jurídico.

Junto a estos, ha de tenerse también en cuenta la redacción de las conductas delictivas que recoge el art. 607 bis. 2. C.P. En ellas se señalan a la persona o personas como sujetos pasivos de la acción –por ejemplo, «causar la muerte de alguna persona»–. Partiendo de que la persona individual es el sujeto pasivo de la acción en todas las actuaciones delictivas contempladas en el art. 607 bis. 2. C.P. habrá que plantearse si la misma es la portadora del bien jurídico. En el caso, por ejemplo, de que se cometa el delito de lesa humanidad con la causación de muerte de una persona, coinciden tanto el portador de los intereses que resultan lesionados –derecho a la vida– como el sujeto que ha recibido la acción. Esta coincidencia sucede con todas las acciones contempladas en el apartado 2º –violaciones, deportaciones, esclavitud...–, ya que los bienes jurídicos contemplados son de tipo personalísimo –vida,

---

27 AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, Munich, C.H. Beck., 2008, 2ª. Ed., pp. 216-217.

integridad física, libertad de movimiento...<sup>28</sup>– lo que implica que su portador será la persona atacada, y no la población civil en su conjunto.

Desde este punto de vista –persona como sujeto pasivo del delito de lesa humanidad– se ha de precisar si esta debe tener alguna característica especial para poder ser considerada de tal modo. Estimo que la víctima –sujeto pasivo– no tiene por qué tener ninguna característica especial, y ello tiene como consecuencia que los militares o las fuerzas de orden público puedan ser también sujetos pasivos del delito<sup>29</sup>.

Para concluir, me gustaría hacer referencia a un procedimiento que se encuentra en instrucción en el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, donde se ha admitido a trámite una querrela contra la cúpula de ETA para investigar si desde que se tipificó el delito de lesa humanidad en el C.P. –desde 2004– han podido cometer delitos de lesa humanidad<sup>30</sup>. Como imaginarán, uno de los puntos centrales de este proceso va a ser determinar si ETA contaba con la estructura suficiente para poder lanzar un ataque idóneo y típico contra la población civil.

Ello no es objeto de esta ponencia, pero los hechos que se investigan pueden servirnos para concluir con la reflexión que originó la misma, pues desde 2004, ETA cometió 11 asesinatos y 5 de ellos fueron contra militares –asesinato de los dos guardias civiles en Capbreton y el de un brigada del Ejército en el atentado en Santoña contra el patronato militar, atentado con coche bomba ante el cuartel de la Guardia Civil de Legutiano y bomba lapa a un vehículo de la Guardia Civil en Calviá–.

¿Deberían excluirse dichos asesinatos del proceso por no formar parte las víctimas de la población civil?

En mi opinión, los asesinatos perpetrados con miembros del ejército y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado no deberían ser excluidos por dos razones.

La primera, porque si se considera que el ataque –recordemos línea de conducta– de ETA se dirigía contra la población civil como objeto primario, el hecho de que en el marco del mismo «se incluyan víctimas no civiles no invalida su consideración de delito de lesa humanidad», pues el foco ha de ponerse en el objeto del ataque, ya que parte de las víctimas sí pueden ser no civiles, como ha establecido la jurisprudencia de los TPI *ad hoc* así como la CPI. Por lo tanto, resulta esencial investigar el origen del ataque organizado por la banda terrorista ETA, sus características y el objeto del mismo.

28 SANTANA VEGA, D. M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson: Madrid. 2000, p. 77.

29 En el mismo sentido, AMBOS, K., *Internationales...*, *op.cit.*, p. 217.

30 Auto de 9 de julio de 2015. DD.PP. 89/2013. P.A. 3/2015. Juzgado Central de Instrucción nº 5; Auto 27 de octubre de 2015. P.A. 3/2015 Sección Tercera. Sala de lo Penal. Audiencia Nacional.

La segunda, se fundamenta en la interpretación precedente expuesta, la cual defiende, en consideración del ámbito de protección del tipo penal del crimen contra la humanidad, que en tiempos de paz no deberían existir limitaciones al mismo, pues no se identifican razones de política criminal alguna –más allá de la original redacción del artículo 6. c del Estatuto de Londres y sus condicionantes históricos y políticos– que justifique la exclusión de una parte de la población de la protección penal frente a los crímenes más graves que puede cometer el ser humano.

Por lo tanto, de *lege ferenda* propongo eliminar el término «población civil» del artículo 607 bis C.P, pues puede resultar un obstáculo para perseguir conductas que podrían ser calificadas como delitos de lesa humanidad en tiempos de paz, y que por la mera pertenencia de las víctimas a las Fuerzas Armadas quedasen extramuros de la aplicación del tipo penal. Y en tiempo de guerra, dicha limitación no aporta nada al tipo penal, pues en el contexto bélico se activa la aplicación del Derecho internacional humanitario que coloca al civil como el centro de protección del conflicto.



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE DEFENSA

SECRETARÍA  
GENERAL  
TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL  
DE PUBLICACIONES  
Y PATRIMONIO CULTURAL

ISBN 978-84-9091-226-3



9 788490 912263